



UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS

“BARTOLOMÉ DE LAS CASAS”

**TRABAJO FIN DE MÁSTER EN ESTUDIOS AVANZADOS EN DERECHOS
HUMANOS**

**EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE
COLOMBIA COMO MANIFESTACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LA DIVERSIDAD
ÉTNICA Y CULTURAL.**

Autor:

Nathaly Marisol Tobar Guerrero

Director:

Juan Daniel Oliva Martínez

Getafe, Septiembre 2014.

Índice

INTRODUCCIÓN	4
Capítulo I. El reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en el marco de la protección del derecho a la consulta previa.	11
1.1. Los planteamientos que reivindican los derechos de los pueblos indígenas.....	11
1.2. El derecho a la libre determinación.	20
1.3. El derecho a la tierra, territorios y recursos naturales.	29
1.4. El derecho al desarrollo propio o autodesarrollo.....	45
Capítulo II. El derecho a la consulta previa en el Derecho Internacional.....	54
2.1. ¿En qué consiste el derecho a la consulta previa?.....	54
2.2. ¿Cuáles son los principios que la rigen?	61
2.3. Normas que fundamentan el derecho a la consulta previa.	64
2.3.1. Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo.	64
2.3.2. Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas.....	67
2.3.3. Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas.....	70
2.4. El derecho a la consulta previa en el Sistema Interamericano.	73
2.4.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....	73
2.4.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos.	81
Capítulo III. La consulta previa en el Derecho Colombiano.....	90
3.1. La visión de los pueblos indígenas de Colombia sobre la consulta previa.	90
3.2. Normas constitucionales que resguardan el ejercicio del derecho a la consulta previa.....	95
3.3. Disposiciones legales que regulan el derecho a la consulta previa.	99
3.3.1. Ley 21 de 1991.....	99
3.3.2. Decreto 1320 de 1998.....	100
3.3.3. Directiva Presidencial 01 de 2010.....	102

Capítulo IV. El derecho a la consulta previa en la construcción jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia.	105
4.1. El derecho a la consulta previa como expresión de diversidad étnica y cultural y derecho fundamental.	105
4.2. El derecho a la consulta previa en la adopción de medidas legislativas.	116
4.3. El papel del derecho a la consulta previa en los casos de proyectos de desarrollo.	127
CONCLUSIONES.	143
BIBLIOGRAFÍA.	152

INTRODUCCIÓN

*“Así que el río es una espiral, y el indio debe ser
agua que cruza las montañas, ríos y lagunas,
condensándose en el frailejón, conjugando los siete
colores del Cueshe, espíritu del agua”¹.*

La conexión primaria que alimenta la cultura de un pueblo indígena está ligada a la caracterización colectiva de su hábitat natural. El hábitat es concebido por los grupos indígenas como el fundamento de la oferta de bienes que permite la subsistencia y supervivencia de todos los miembros. La forma primaria de relacionarse con la naturaleza da origen a que las comunidades indígenas tiendan a crear normas de conducta social encaminadas a proteger su biósfera y a garantizar el mantenimiento de los recursos naturales presentes en su ecosistema. De dicha conexión, que en principio puede ser interpretada desde un punto de vista económico, en tanto suministra las materias primas para satisfacer las necesidades básicas alimentarias de los individuos, surgen también una red de cosmovisiones que contemplan a la naturaleza como una fuente de bienestar. Mitos y leyendas de comunidades indígenas provienen directamente del imaginario colectivo sustentado en la concepción de la superioridad de la naturaleza, “de allí nace la noción de que la tierra es la Madre de todo cuanto existe”².

Aunque hasta la fecha esa visión persista, desde hace algunos años el Estado colombiano, empresas y grandes instituciones de financiación han dirigido sus objetivos de “desarrollo” hacia zonas habitadas por comunidades indígenas. Sus fines se han encaminado a potenciar la extracción de recursos naturales, la construcción de plantas industriales, redes de transporte, presas, impulso de actividades turísticas o creación de centros de comunicación. Los “proyectos a gran escala”, han provocado no sólo la transformación de las condiciones de vida social y económica de los pueblos indígenas sino que simultáneamente han desconocido sus derechos colectivos a la tierra, el territorio y a la protección de sus recursos naturales³. Asier Martínez de Bringas acierta al

¹ TARAPUES CUAICAL, Efrén, *Hay que saber ser: como el agua, la piedra, la espuma y el río*, en *Antes el Amanecer*, Antología de las literaturas indígenas de los Andes y la Sierra Nevada de Santa Marta, Ministerio de Cultura, Biblioteca Básica de los Pueblos Indígenas de Colombia, Bogotá, 2010, p. 281.

² JARAMILLO, Efraín, *Indígenas Colombianos y Estado, Desafíos ideológicos y políticos de la multiculturalidad*, Iwgia, Colombia, 2011, p. 32.

³ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, *Derechos Humanos y Cuestiones Indígenas*, E/CN.472003/90, 21 de enero de 2003, p. 2 - 3.

considerar que “Los pueblos indígenas adquieren *valor de uso*, es decir, poseen un valor estratégico para el capital, puesto que la biodiversidad y los recursos territoriales que estos pueblos ocupan y habitan encierran una fertilidad y potencialidad inaudita para su mercantilización⁴”.

De acuerdo con el Centro de Cooperación al Indígena y la Organización Indígena de Antioquia, en Colombia, los indígenas pertenecientes a la comunidad indígena embera katio están siendo nuevamente amenazados por la empresa Multipropósito Urra S.A. encargada en el pasado de la construcción de un proyecto hidroeléctrico que afectó el ejercicio de sus derechos colectivos; los pueblos kankuamos y arhuacos se enfrentan a la construcción de la represa de Besotes. Las comunidades de la Sierra Nevada de Santa Marta están inmersas en planes de eco y etnoturismo que comprenden el plan de desarrollo sostenible para la zona. Otras comunidades de la región Caribe luchan contra el proyecto minero Cerro Matoso II, la construcción de parques eólicos, gasoductos, la desproporcionada explotación carbonífera de El Cerrejón, la represa el Cercado en el río Ranchería; así como también contra exploraciones y explotaciones de petróleo, gas y carbón⁵.

Los proyectos de las industrias extractivas multiplican la riqueza, y por lo tanto favorecen los intereses nacionales –aduce el Estado- los cuales no pueden verse obstaculizados por un grupo minoritario, porque eso significaría impedir el crecimiento de un país⁶. Dichas circunstancias han incidido en la limitada capacidad de influencia que tienen las autoridades indígenas en comparación con la fuerza de las empresas que a toda costa pretenden ejecutar sus proyectos de inversión y que tiene lugar a veces sin repercusión alguna en las instancias gubernamentales, quienes son las llamadas a informar sobre el impacto social y ambiental de este tipo de acciones⁷. Es claro que frente a esa situación, el Estado ha negado la relación entre los pueblos indígenas y el medio ambiente. Ha desconocido por completo que se trata de una relación existencial, pues

⁴ MARTINEZ DE BRINGAS, Asier, *Las políticas interculturales ante los retos de los pueblos indígenas*, en Revista Internacional de filosofía política, No. 33, 2009, p. 105.

⁵ MONDRAGON, Hector, *Megaproyectos y Territorios indígenas*, en La Tierra contra la Muerte, Conflictos Territoriales de los Pueblos Indígenas de Colombia, CENTRO DE COOPERACIÓN AL INDIGENA (CECOIN), ORGANIZACIÓN INDIGENA DE ANTIOQUIA (OIA), Observatorio de Políticas Públicas de desarrollo y derechos étnicos, Ediciones Antrophos, Bogotá, 2008, p. 226.

⁶ AMNISTIA INTERNACIONAL, *Sacrificar los Derechos en nombre del Desarrollo. Los Pueblos Indígenas de América bajo amenaza*, Madrid, 2011, p. 3.

⁷ YAÑEZ, Nancy, *Reconocimientos legislativos de los derechos ambientales indígenas en el ámbito internacional*, en Pueblos Indígenas y Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p. 507-508.

estos grupos dependen exclusivamente de sus derechos territoriales, de autogobierno, derechos sobre los recursos naturales y por supuesto derechos culturales.

Dichos derechos reposan en la Ley 21 de 1991, por medio de la cual Colombia aprobó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); y a su vez están estrechamente relacionados con los artículos 7 y 8 de la Constitución Política de 1991, según los cuales el Estado debe propender por el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural así como por las riquezas culturales y naturales de la Nación, toda vez que se entiende que “la diversidad en cuanto a la raza y a la cultura, es decir, la no coincidencia en el origen, color de piel, lenguaje, modo de vida, tradiciones, costumbres, conocimientos y concepciones, con los caracteres de la mayoría de los colombianos, es reconocida en la Constitución de 1991, al declarar la estructura pluralista del Estado Colombiano⁸”.

Aún así, las políticas estatales han atentado contra la existencia y perdurabilidad de los territorios indígenas. Inicialmente pareciese que el Estado acepta los derechos que tienen los pueblos indígenas a decidir acerca de sus territorios y sobre las estrategias culturales que aplican para desarrollar sus economías. Sin embargo, su apoyo a intereses económicos privados ha magnificado un tipo de relación económica avasallante: actividades de extracción, ganaderías extensivas, construcción de hidroeléctricas, tala indiscriminada de bosques; actividades que evidentemente benefician directamente a grandes industrias y consorcios pero que perjudican de manera notable la integridad de las comunidades indígenas y la de sus miembros. Al respecto Boaventura Sousa afirma que “en un mundo de relaciones sociales crecientemente desterritorializadas una comunidad indígena parece anacrónica, con su sesgo hiperterritorial y su anclaje privilegiado en una tierra y en unos recursos naturales históricos⁹”.

Los colectivos indígenas han visualizado en esa expansión económica y en las denominadas políticas de desarrollo sostenible la degradación de su medio ambiente y la amenaza de sus formas de vida y cultura. Por esa razón, dentro de sus principales reivindicaciones se encuentra la preservación de su identidad y diversidad cultural representada en el vínculo único y especial que mantienen con sus tierras; vínculo integrado por elementos espirituales, culturales, sociales y ecológicos sustanciales. Estas

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia T-342 de 1994*, p. 13.

⁹ SOUSA SANTOS, B., *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Trotta, 2008. (ed. Colombiana, ILSA, Bogotá, 2009), p. 408.

sociedades indígenas consideran el uso y posesión de sus tierras como el sustrato de su bienestar económico y la base de su cohesión social como grupo. Precisamente porque consideran que cada uno de los seres humanos depende de un tipo de aprendizaje explícito: la aprehensión y aplicación de sistemas específicos de significación simbólica¹⁰; sus valores, creencias, ideas, lenguajes, formas, significados, artes y habilidades resultan no sólo de una construcción individual sino también de una dialógica.

La prevalencia de la cultura, interpretada como bien primario, sobreviene de la presencia de manifestaciones lingüísticas, estéticas, artísticas, políticas e institucionales que se configuran en una sociedad-comunidad específica. El ser humano por sí sólo es incapaz de crearlas, requiere de un contexto comunitario conducido a mantener sus espacios de significación existencial a través de la interacción con otros individuos, en tanto “la cultura y la sociedad son creaciones de comunidades humanas: no puede producirse o conservarse sobre una base individual, y los recursos tan esenciales para la subjetividad y la acción humana que suministran son un legado que la persona recibe de su comunidad¹¹”.

En efecto, los pueblos indígenas traducen la preservación de sus expresiones culturales comunitarias a través de peticiones que les permitan intervenir en la adopción de decisiones de carácter gubernamental conducidas a afectar su hábitat, recursos naturales y ecosistemas. Dicha aspiración ha sido consagrada en varias normas internacionales con el nombre de derecho a consulta previa. La celebración de la consulta previa es entendida como la obligación que debe asumir el Estado de informar a las comunidades indígenas sobre las medidas o actos que han de ser adoptadas en la comunidad así como los efectos que estos generen, en tanto constituye un procedimiento primordial a la hora de proteger los derechos colectivos de los pueblos indígenas y garantizar su supervivencia cultural. El derecho a esa información implica la presencia de aprobación por parte de los miembros y las autoridades indígenas respecto a la consecución de alguna medida que les perjudique.

El reconocimiento y la consagración en la normativa internacional del derecho a la consulta previa ha supuesto la conversión de las discusiones acerca de la grave situación de los derechos humanos de estos pueblos, toda vez que en la mayoría de los casos

¹⁰ GEERTZ, Clifford, *La interpretación de las culturas*, Trad. Alberto L. Bixio, Gedisa, Barcelona, 2003, p. 55.

¹¹ MULHALL, Stephen, *El individuo frente a la comunidad. El debate entre liberales y comunitaristas*, Trad. Enrique López Castellón, Temas de hoy, Madrid, 1996, p. 220.

éstos son menoscabos debido a que empresas y consorcios implementan planes o proyectos de inversión y de desarrollo sin tener en cuenta las propias prioridades de sus comunidades. Sin duda, la ejecución de los mentados proyectos alimenta los intereses neoliberales de un proceso de globalización que nos advierte además sobre la crisis ambiental que enfrentamos durante los últimos años.

En ese sentido, las violaciones de los derechos humanos de los pueblos indígenas en materia territorial se retrotraen generalmente al desconocimiento de la relación que tienen estas comunidades con las especies animales, vegetales, los ríos, los lagos, los mares, los desiertos, la sal, el carbón o el petróleo. La cosmovisión de los pueblos indígenas –como mencioné– tiene como fundamento la adaptación al entorno natural para lograr su conservación a través del uso razonable de la biosfera. A pesar de ello, los Estados avalan el etnocidio de los pueblos indígenas, y digo etnocidio porque ese tipo de actividades significan indiscutiblemente el deterioro de sus tierras, la desaparición de sus cultivos, de sus fuentes de alimentación, la mutación de sus medios de subsistencia y por consiguiente la transformación de sus modos de vida, la desintegración de sus comunidades y el desastre ecológico. Rodríguez – Piñero Royo aduce que las actividades de explotación de los recursos no renovables en los territorios indígenas retratan un fenómeno de gran importancia: “deja tras de sí, con pocas excepciones, un saldo de desastres ambientales, despojo de tierras y recursos, desplazamientos forzados, violencia y abusos de toda índole¹²”.

Por lo anterior, considero que la indagación sobre el derecho a la consulta previa como manifestación de la protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas de Colombia, permitirá abordar en esta investigación una reflexión sobre: por un lado, la vulneración de los derechos humanos de estos colectivos motivada por el ascenso salvaje de la economía capitalista y sus nuevas propuestas de desarrollo y crecimiento nacional. Por otro, la valoración del hecho de que para los pueblos indígenas es prioritaria la conservación del lugar en el que habitan. Evidentemente frente a dichas situaciones estos pueblos exigen ante los Estados la celebración de un proceso de consulta previa al momento de considerar que sus derechos fundamentales pueden ser cruelmente amenazados. El debate entre pueblos indígenas y Estado, por consiguiente, tiene un punto de partida esencial: el reconocimiento de sus derechos colectivos a la libre

¹² RODRIGUEZ- PIÑERO ROYO, Luis, *Las agresiones del desarrollo: Pueblos Indígenas, Normas Internacionales e Industrias Extractivas*, en Relaciones Internacionales No. 11, Universidad Autónoma de Madrid, 2009, p. 44.

determinación, a las tierras, territorios y recursos naturales y a la libertad de fomentar su propia visión sobre el desarrollo.

En ese orden de ideas, este trabajo de investigación pretende configurar la visión del derecho internacional fundamentalmente respecto al derecho a la consulta previa para establecer el impacto que su consagración puede generar en países de América Latina como Colombia. Con ello busca además de realizar una aproximación conceptual sobre lo que significa el proceso de consulta previa, examinar cómo ha sido el reconocimiento constitucional de este derecho frente a la pluralidad étnica y cultural colombiana. La protección del derecho de consulta previa deviene directamente de la construcción jurisprudencial que ha realizado la Corte Constitucional de Colombia, en virtud de la cual se ha logrado asegurar la supervivencia e integridad de las comunidades indígenas del país. El objetivo último por lo tanto, reside en explorar el vínculo que existe entre el derecho a la consulta previa resultante del ejercicio de los derechos territoriales de los pueblos indígenas y el respeto y preservación que ineludiblemente presuponen sus manifestaciones culturales, formas de vida y cosmovisiones.

Así pues, se plantea como hipótesis de partida la siguiente: el fundamento de la existencia material y espiritual al igual que la identidad cultural de los pueblos indígenas parte de su relación especial con sus territorios tradicionales. La tierra es su progenitora, conforma sus relaciones sociales y respalda sus prácticas culturales, constituye el espacio vital en el que se desarrollan hombre y biodiversidad. Por consiguiente, el derecho a la consulta previa constituye el principio cardinal para garantizar su diversidad cultural. Sustenta el ejercicio de sus derechos colectivos a la libre determinación, tierra, territorios, recursos naturales, etnodesarrollo, derecho a participar en las decisiones que los perjudiquen y a obtener consentimiento libre e informado. La importancia de dicha hipótesis reside en la necesidad de explorar el porqué los derechos colectivos que sustentan el deber de consulta que deben asumir los Estados, son frecuentemente vulnerados a través de la omisión de la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que afectan directamente sus derechos territoriales y sobre todo, su identidad cultural.

Para comprender dicha hipótesis, esta investigación abarcará cuatro capítulos. El primero de ellos, analizará la importancia del reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en el marco de la protección del derecho a la consulta previa, esto es, el conjunto de derechos que considero constituyen el fundamento del ejercicio del

derecho a la consulta previa. Se examinará los conceptos de los derechos a la libre determinación o autodeterminación, tierras, territorios, recursos naturales y desarrollo propio o autodesarrollo.

El segundo capítulo, integrará el análisis del concepto y los principios que rigen al derecho a la consulta previa en el derecho internacional, principalmente en los cuerpos normativos que lo fundamentan, esto es, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Declaración de Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007 y el Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas. Incluye también un breve estudio sobre el derecho a la consulta en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

El tercer capítulo hará referencia al derecho a la consulta previa en la normativa nacional, es decir, a los mandatos constitucionales y legales del derecho interno en los que se consagra, entre estos, la Ley 21 de 1991, el Decreto 1320 de 1998 y la Directiva Presidencial No. 01 de 26 de marzo de 2010.

El cuarto capítulo, abordará en su primera parte, el análisis de las decisiones más importantes emitidas por la Corte Constitucional de Colombia referentes a la protección del derecho a la consulta previa como derecho fundamental y expresión de diversidad cultural. En la segunda parte, se interpretarán los fallos alusivos a la consulta previa cuando se adoptan medidas legislativas, y en la tercera parte, se hará alusión a las sentencias relacionadas con proyectos de desarrollo, tales como la comunidad U'wa vs. Empresa Occidental de Colombia Inc., la Comunidad Embera Katío del Alto Sinú vs. Empresa Multipropósito Urrá S.A. y la Comunidad Motilón Bari vs. Ecopetrol.

Capítulo I. El reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en el marco de la protección del derecho a la consulta previa.

“El punto de vista de la humanidad sobre el mundo no es el de una especie dominante que subordina a todas las demás a su propia reproducción sino que más bien el que podría tener un tipo de ecosistema trascendental que sería consiente de la totalidad de las interacciones que se desarrollan en su seno”¹.

1.1. Los planteamientos que reivindican los derechos de los pueblos indígenas.

La existencia de grupos culturalmente diversos, esto es, la presencia de ciertas asociaciones humanas en sociedades caracterizadas por la pluralidad, la preservación de su identidad y la salvaguarda de sus expresiones culturales, alinea el debate respecto al reconocimiento de los denominados derechos individuales y de los derechos colectivos, ó en otros términos, refleja las posiciones que están a favor del reconocimiento de los derechos de las personas que integran los colectivos indígenas y en contraste los que promueven la protección de los derechos de los pueblos. La defensa de estas dos categorías jurídicas fuertemente relacionadas con el multiculturalismo, enfrenta a dos corrientes que a pesar de reforzar el principio de la diferencia, pierden de vista las pluralidades culturales, por lo tanto alimentan el desconocimiento de la fundación de los derechos colectivos². Esas dos posturas desafían las exigencias de protección de las minorías culturales y étnicas, quienes pretenden defender su identidad cultural a partir de la consagración y el respeto de los derechos de los individuos traducidos en derechos civiles y políticos, pero a su vez, la protección de sus derechos culturales encaminados a resguardar la supervivencia cultural del grupo.

La postura que reivindica los derechos de los pueblos indígenas considera que la correspondencia entre la valoración positiva de la pertenencia a una entidad humana y a sus locuciones culturales, vivifica los intereses particulares de sus miembros, en

¹ DESCOLA, Philippe, *Las cosmologías indígenas de la amazonia*, en Tierra Adentro, Territorio Indígena y percepción del entorno, Alexander Surrallés, Pedro García Hierro (Editores), Iwgia, Documento No. 39, Copenhague, 2004, p. 28.

² MARTINEZ DE BRINGAS, Asier, *Derechos Humanos y diversidad (es) cultural (es). Los retos de la interculturalidad*, en Derechos y Libertades, Número 26, Época II, 2012, p. 116.

consecuencia, los convierte en sujetos acreedores de ciertos derechos y a las comunidades les otorga beneficios colectivos, debido a que la finalidad de las agrupaciones culturalmente diversas se retrotrae a la conservación, el respeto y el reconocimiento recíproco de sus culturas, por lo tanto: “ la definición completa de la identidad de una persona suele incluir no solo su postura sobre cuestiones morales y espirituales, sino también una referencia a una comunidad definida³”. Lo anterior, porque es definitivo que el ser humano circule en un colectivo, en tanto de esa forma tendrá la capacidad de desarrollarse como individuo. Las entidades humanas gozan de dignidad al igual que los sujetos individuales. Las proposiciones a favor de ese planteamiento defienden la idea relativa a la necesidad que tiene el hombre de cultivar su autonomía en un contexto que entregue algún tipo de significado a sus elecciones. En ese orden de ideas, el entorno social y la identidad individual son categorías indispensables para la protección de sus libertades.

Desde esta perspectiva, la identidad de los pueblos indígenas y en mayor medida todo aquello que conduzca a su preservación, se exterioriza en la fundamentación de sus derechos colectivos, pues aunque las teorías críticas conciben que es innecesario su reconocimiento, la verdad es que su propuesta no coincide con las demandas de la realidad indígena. No es secreto que como consecuencia del proceso de conquista y colonización, a los pueblos indígenas se les haya imputado condiciones de inferioridad que hasta la fecha han sabido mantenerse gracias al “olvido del reconocimiento⁴” es decir, a la ausencia de protección como sujetos de derechos, al desconocimiento de la cosmovisión indígena y en consecuencia a la falta de reconocimiento de la primacía de

³ MULHALL, Stephen, *El individuo frente a la comunidad. El debate entre liberales y comunitaristas*, cit., p. 160.

⁴ Martínez de Bringas explica de manera detallada en qué consiste el olvido del reconocimiento: “En primer lugar, olvido de los pueblos indígenas en cuanto *sujeto de derechos*, lo que no viene sino a engordar la extensa nómina de los olvidados de la historia global en la construcción del discurso de los derechos humanos. En segundo lugar, olvido *cosmovisional* indígena, es decir, de los significados existenciales que estos pueblos otorgan para interpretar todos los planos de la vida y, entre ellos, los jurídicos, naturales, sociales, políticos y culturales. La conducta objetivadora en la construcción occidental de los derechos humanos ha llevado a pasar por alto los significados existenciales que otros pueblos otorgan a contextos como la biodiversidad. (...)En tercer lugar, olvido de las *desventajas comparativas*, es decir, los dos procesos precedentes han supuesto una merma en la capacidad de desarrollo de estos pueblos que indudablemente ha revertido en las mayores posibilidades y pericia de la otra cara del pacto intercultural —el Norte—, mediante la adquisición de ventajas propias por desposesión ajena, viéndose todo ello reflejado en la esfera pública y privada de los Estados-nación”, en MARTÍNEZ DE BRINGAS, Asier, *Las políticas interculturales ante los retos de los derechos de los pueblos indígenas*, cit., p. 108.

la territorialidad como elemento principal de esa cosmovisión⁵. Cada una de estas conducidas a robustecer la desigualdad, la injusticia y la discriminación.

En muchos países donde existen poblaciones indígenas, se retrata con claridad la discriminación, la pobreza, los impedimentos para ejercer su derecho de autodeterminación, la conservación de su territorio, la intervención en conflictos armados, el desplazamiento forzado -solo por mencionar algunos- y donde los principales afectados han sido niños, niñas y mujeres. Straveshagen señala que debido a la pobreza, la marginación, y el aislamiento motivado por su historia han sido descartados de los sistemas políticos y de las estructuras a través de las cuales se adoptan decisiones que los afectan⁶. Al respecto expresa: “hasta hace poco eran sujetos de regímenes tutelares especiales sin disfrutar plenamente de todos los derechos humanos reconocidos. Su acceso a la justicia es generalmente difícil, su participación política es limitada, sus niveles socio-económicos se encuentran por debajo del promedio nacional, su identidad cultural es negada y sus características culturales son menospreciadas por la sociedad mayoritaria o hegemónica⁷”. Por su parte Anaya aduce que han sido ubicados en un espacio de desventaja frente a otros grupos que se han constituido en los Estados, se les ha limitado el goce de sus libertades fundamentales, el acceso a los recursos básicos para subsistir, se les han suprimido forzosamente sus instituciones, han sido objeto de discriminación y persecución⁸.

Para autores como Martínez de Bringas, las situaciones expuestas no se satisfacen simplemente con el reconocimiento de los sujetos de derechos, sino también con la consagración de contenidos reales que se materialicen en derechos colectivos y por tanto a su vez en derechos civiles y políticos que sean formulados desde la visión indígena, a los que se les debe agregar el fortalecimiento de sus capacidades para regular y controlar sus propios derechos, es decir, derechos que permitan la participación

⁵ MARTINEZ DE BRINGAS, Asier, *Los pueblos indígenas ante la construcción de los procesos multiculturales. Inserciones en los bosques de la biodiversidad* en Pueblos Indígenas y derechos humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p. 86-87.

⁶ STRAVESHAGEN, Rodolfo, *¿Por qué los derechos indígenas?* en Prevención de la violencia, Atención a grupos vulnerables y los Derechos Humanos. Los derechos de los Pueblos Indígenas, cit., p. 22-25.

⁷ STRAVESHAGEN, Rodolfo, *Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos* en Pueblos Indígenas y derechos humanos, cit., p. 24.

⁸ Sobre esa situación Anaya expresa: “Como resultado, los pueblos indígenas, han sido mutilados económica y socialmente; la cohesión como comunidades diferentes ha sido dañada o amenazada y la integridad de sus culturas ha sido socavada. Tanto en países industrializados como menos desarrollados donde viven pueblos indígenas, los sectores indígenas se encuentran casi de manera invariable en el escalafón más bajo de los indicadores socio- económicos y existen al margen del poder”, ANAYA, James, *Los derechos de los pueblos indígenas* en Pueblos Indígenas y derechos humanos, cit. p. 30.

en el ámbito de la autonomía, la jurisdicción a nivel territorial y la incorporación de estrategias de participación basadas en las formas propias de intervención comunitaria⁹. Por otro lado Blázquez expresa que el reconocimiento legal o judicial de los derechos colectivos no es suficiente en ese ámbito, es indispensable integrarlo con actividades reivindicativas encaminadas a garantizar o a hacer efectivos esos derechos¹⁰.

Ahora bien, si analizamos el presente de los pueblos indígenas, notaremos que esa realidad es la que motiva que la discusión respecto a los derechos colectivos contemple la interiorización de la prevalencia de una triada fundamental: cultura, identidad y comunidad. De acuerdo con Parekh, los seres humanos compartimos una serie de capacidades, experiencias, deseos y condiciones de existencia. Somos seres culturales en la medida en que nuestras culturas han ayudado al desarrollo diverso de las capacidades que compartimos universalmente y a cultivar otras que son de naturaleza única. Tanto la humanidad compartida como las diferencias culturales está muy compenetradas y juntas crean la identidad humana¹¹. Esa identidad permite nuestro desarrollo como seres humanos dentro de una comunidad cultural específica o dentro de un grupo concreto.

Dicha apreciación coincide con las afirmaciones de Oliva según las cuales existen varias razones que impulsan el reconocimiento y la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. La primera razón, consiste en la valoración del ser humano como un ser cultural¹². Esto quiere decir que es necesario comprender que las proyecciones humanas afloran en la cultura, a través de ella el hombre expresa sentimientos, valores, percepciones, existencia misma. La cultura permea los círculos en los que el hombre habita en la medida que establece modelos y modos de representar las creaciones individuales para transmitirlos a otros. El hombre como sujeto individual posee unos rasgos específicos: origen, historia, modelos lingüísticos, tradición, filosofía, hábito, costumbre, creencia cosmológica, una identidad marcada que lo distingue de los demás. Las unidades en las que se desarrolla son también construcciones clasificadas en

⁹ MARTINEZ DE BRINGAS, Asier, *Las políticas interculturales ante los retos de los derechos de los pueblos indígenas*, cit., p. 110.

¹⁰ BLAZQUEZ, MARTIN, Diego, *La propiedad de los pueblos indígenas y una discusión acerca de sus derechos como colectivos e individuales*, en *Derechos y Libertades*, Año IX, No. 13, 2004, p. 386.

¹¹ PAREKH, Bhikhu, *Repensando el Multiculturalismo*, *Diversidad Cultural y Teoría Política*, Trad. Sandra Chaparro, Istmo, Madrid, 2005, p. 193.

¹² OLIVA, Daniel, *Un intento de fundamentación de los derechos de los Pueblos Indígenas en el ordenamiento internacional*, en *Caminos hacia el reconocimiento: pueblos indígenas, derechos y pluralismo*, Clavero Salvador, Bartolomé, Universitat de Girona, Girona, 2005, p. 67.

estructuras existenciales disimiles a otras, cada una de ellas comparte un proceso de socialización que emerge de lazos históricos y culturales trascendentales a partir de los cuales se definen sus categorías institucionales, políticas, económicas y religiosas.

El esbozo de la vida del hombre y de los sistemas sociales en los que se moviliza tiene una memoria arraigada a su historia. La búsqueda de insignias culturales que comunican a los seres humanos exponen ineludiblemente que “La cultura concebida como un sistema de competencia compartida en su diseño más amplio y sus principios más profundos y variando entre los individuos en sus especificidades no es entonces todo lo que un individuo sabe y siente sobre el mundo. Es su teoría sobre lo que sus compañeros saben, creen, significan, su teoría acerca del código que se sigue, del juego al que se juega en la sociedad en la que ha nacido¹³”.

La segunda razón, reside en la necesidad de integrar el respeto de la diversidad cultural, pues cada ser humano se encuentra incardinado por una vida cultural determinada expresada en un tiempo y espacio únicos¹⁴. Así también la diversidad cultural, la cual muta de acuerdo con las visiones del mundo y el sistema de valores que integran la sociedad en la que se construye. Tanto la cultura como la diversidad cultural se erigen como dicciones de la creatividad del hombre en tanto configuran identidad, diferencia, existencia de distintos rasgos culturales, creencias, tradiciones que son indispensables para la consecución de los fines como individuos y como comunidades que comparten símbolos profundos. La cultura y la diversidad cultural incorporan dos notables componentes: la pluralidad de asociaciones humanas y la originalidad con que surgen las cosmovisiones particulares de los mismos. Entre esas asociaciones se encuentran los pueblos indígenas, para quienes la diversidad cultural constituye el soporte de sus identidades culturales toda vez que “la identidad cultural no es algo que venga dado de antemano, ni es algo extra-social, ni una <forma universal> cerrada o impuesta sino que se adquiere reflexivamente mediante procesos sociales de confrontación y de negociación de ideas. Es el fruto de la efectiva existencia individual y colectiva de los seres humanos y de sus relaciones dialógicas con los demás¹⁵”.

¹³ KEESING, Roger, *Lecturas de antropología social y cultural, la cultura y las culturas*, Trad. Honorio M. Velasco, UNED, Madrid, 1993, p. 63.

¹⁴ OLIVA, Daniel, *Un intento de fundamentación de los derechos de los Pueblos Indígenas en el ordenamiento internacional*, cit., p. 75-76.

¹⁵ FARIÑAS DULCE, María José, *Las fronteras identitarias* en Estudios y Debates sobre multiculturalismo y derecho indígena desde las visiones México - España, Universidad Autónoma "Benito Juárez" de Oaxaca: Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la UABJO, Oaxaca, 2008, p. 50.

La tercera razón, alberga el hecho de contemplar las culturas indígenas como procesos que no son atemporales e inmutables, están sujetos a fluctuaciones, transformaciones históricas y acercamientos con diversos caracteres sociales¹⁶. El perfil dinámico de esas culturas, es concurrente con una cosmovisión particular que reposa en la identificación que asume el hombre indígena con la naturaleza, con la interpretación de una noción de propiedad distinta a la que impera en la sociedad dominante, esa noción que es comprendida como la conexión del indio con la *Pacha*, con la tierra, con los recursos naturales que rodean el espacio donde interactúa, con los lugares sagrados donde practica sus ritos, con el uso, la posesión y ocupación de los sitios donde cultiva o camina. Esa relación que incentiva prácticas de sostenibilidad ambiental, de protección de la biosfera y de los ecosistemas y que sostiene la representación que los pueblos indígenas realizan del territorio, el cual integra una base material que conjuga el hábitat natural, ese espacio de producción, reproducción y desarrollo tanto de la vida individual como colectiva de las comunidades y el área donde se encuentran los recursos naturales; una base social y cultural donde reposan las influencias históricas del pueblo y donde surgen tanto el patrimonio indígena como los conocimientos tradicionales; y, una base política que abarca el control político y las capacidades de autonomía sobre los recursos y en el que asciende el ente de la jurisdicción indígena¹⁷.

Mikel Berraondo manifiesta que los pueblos indígenas no conciben la tierra como una “comodidad” que puede ser objeto de comercialización común, para estos colectivos, las especies animales y vegetales con las que conviven así como sus recursos naturales tampoco pueden ser vendidos indiscriminadamente, porque la tierra y cada uno de los elementos que la integran son sagrados. Por esa razón, aunque para las culturas no indígenas el medio ambiente es contemplado como una fuente creadora de ingresos, para los pueblos indígenas constituye la base de su propia existencia. “Para las filosofías indígenas el medio ambiente es el origen de todo, el punto de comienzo que para las culturas no indígenas se sitúa en la vida”¹⁸.

La cuarta razón, radica en la comprensión de que todas las culturas independientemente de la visión de dignidad humana que profesen merecen ser

¹⁶ OLIVA, Daniel, *Un intento de fundamentación de los derechos de los Pueblos Indígenas en el ordenamiento internacional*, cit., p. 79-80.

¹⁷ MARTINEZ DE BRINGAS, Asier, *Las políticas interculturales ante los retos de los derechos de los pueblos indígenas*, cit., p. 117.

¹⁸ BERRAONDO, Mikel, *Derecho humano al medio ambiente y pueblos indígenas. Dos derechos con un mismo fin*, en Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas, Fernando M. Mariño Menéndez, Daniel Oliva Martínez (Edit.), Dykinson, Madrid, 2004, p. 75.

valoradas y respetadas no en términos de condescendencia sino de igualdad, a través de pautas morales y jurídicas que sean ajenas a modelos excluyentes, tales como la asimilación o la integración, sino que más bien estén basados en un modelo que permita la valoración positiva del pluralismo cultural, la inclusión y la participación de las poblaciones vulnerables. Bajo esa línea de argumentación, será posible fortificar la autoestima del grupo, ya que ésta puede construirse a partir de sucesos pasados y a través de la forma en que las personas que integran la comunidad sean valoradas o subestimadas por otros grupos con los que interactúan¹⁹. A partir de esa premisa, los derechos colectivos de los pueblos indígenas permitirían conciliar la identidad y la diferencia, facilitarían el reconocimiento del “otro” y contribuirán a consolidar una sociedad más pacífica y tolerante, la cual permitirá adicionalmente la no aparición de conflictos étnicos irresolubles²⁰.

La quinta razón, nace de reconocer que las culturas de los pueblos indígenas pueden ser interpretadas como caminos que facilitan el mejoramiento de la calidad de vida de las personas indígenas y a la vez incorporan elementos de liberación y emancipación que probablemente benefician a toda la humanidad²¹. Así pues, se hace alusión en primer término, a las prácticas relacionadas con la conservación del medio ambiente, esto es, al mantenimiento razonable de los ecosistemas y todas y cada una de las especies que los componen. Esto significa entender que los derechos humanos de los pueblos pueden ser interpretados como ejercicios de autolimitación, porque el vínculo de la individualidad y caracterización colectiva de la dignidad, junto a la importancia de la naturaleza, la tierra, los recursos naturales que expresan los pueblos indígenas, facilita el entendimiento de los derechos como manifestaciones de racionalidad congruentes con el presente, el pasado y el futuro de los hombres²². La estructura de la diversidad cultural sólo puede sostenerse siempre y cuando este en armonía con la biodiversidad, al ser ésta un reflejo de lo cultural sobre lo natural, por consiguiente “sólo se puede ser diverso culturalmente a través de una relación de sostenibilidad intensa con la diversidad natural con la que se vive y co-habita²³”.

¹⁹ OLIVA, Daniel, *Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural*, Publicacions Universitat de València: Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 97.

²⁰ OLIVA, Daniel, *Un intento de fundamentación de los derechos de los Pueblos Indígenas en el ordenamiento internacional*, cit., p. 82-87.

²¹ *Ibíd.*, p. 88.

²² MARTINEZ DE BRINGAS, Asier, *Derechos Humanos y diversidad (es) cultural (es). Los retos de la interculturalidad*, cit., p. 136.

²³ *Ibíd.*, p. 136.

En segundo término, se hace referencia a que los pueblos indígenas se caracterizan por un alto grado de solidaridad que demuestra la fuerte vinculación que tienen como grupo, a partir del cual se infiere que el individuo logra identificarse plenamente con la comunidad a la que pertenece, sin que eso signifique la pérdida de la identidad particular, sino que por el contrario refuerce los valores de reciprocidad y ayuda mutua²⁴. En opinión de Oliva, “los sistemas de ayuda mutua y de respaldo comunitario nos hablan de un tipo de sociedad en la que los individuos, cada uno desde el propio rol que está socialmente llamado a jugar, mantiene unos lazos de afinidad y compañerismo, de hermandad y solidaridad que resultan especialmente relevantes para su desarrollo personal y les garantiza seguridad²⁵”.

La sexta razón, integra el fomento del respeto a la dignidad humana y a la conservación de su caracterización cultural, alertando en cualquier momento todos los supuestos que puedan ser considerados como atentatorios de los derechos de las personas más vulnerables dentro del grupo²⁶. Esas afirmaciones pueden ser concebidas como reproches hacia ciertas prácticas culturales indígenas, pero también como expresa Martínez de Bringas son asumidas como dificultades genéricas que las diversidades exponen frente al discurso de los derechos humanos. Estima que aunque las culturas se establecen como instrumentos que permiten definir el sentido de la vida y la libertad, a la vez pueden convertirse en límites de esa libertad. No obstante, aduce que ese señalamiento no comprende “el hecho de que las diversidades tienen demandas propias e historias específicas de resistencia, y los derechos colectivos funcionan como el aparataje instrumental para garantizar esos posos de sentido colectivo²⁷”.

Evidentemente en algunos casos incentiva cambios en el interior de la comunidad, pero ese cambio no puede pretender eliminar de tajo una cosmovisión, la forma de interpretar el mundo debe ser compatible con las experiencias de todos los miembros de un grupo. Cada cosmovisión, cada cultura otorga estabilidad y significado a la vida de los hombres y de las mujeres, permite que los miembros de una comunidad continúen unidos,

²⁴ OLIVA, Daniel, *Un intento de fundamentación de los derechos de los Pueblos Indígenas en el ordenamiento internacional*, cit., p. 89-91.

²⁵ OLIVA, Daniel, *Los pueblos Indígenas y la Alianza de civilizaciones*, en Estudios y Debates sobre multiculturalismo y derecho indígena desde la visiones México- España, cit., p. 157.

²⁶ OLIVA, Daniel, *Un intento de fundamentación de los derechos de los Pueblos Indígenas en el ordenamiento internacional*, cit., p. 95-96.

²⁷ MARTINEZ DE BRINGAS, Asier, *Derechos Humanos y diversidad (es) cultural (es). Los retos de la interculturalidad*, cit., p. 127.

refleja energía creativa y sin duda alguna merece respeto²⁸; debido a que ninguna cultura puede alcanzar la perfección, a veces integra creencias y prácticas que pueden llegar a ser perversas o contrarias a valores fundamentales. Eso se traduce en el hecho de que “amar la propia cultura significa desearle todo el bien, lo que implica criticar e intentar apartar todo aquello que sea digno de reproche²⁹”.

Todas las consideraciones a favor de la valoración positiva de las culturas indígenas y de los elementos que las integran, alimentan una fundamentación respetuosa de los derechos colectivos de los pueblos, porque no podemos perder de vista que estos colectivos buscan la obtención de sus propias organizaciones políticas, sociales o jurídicas y la existencia de su propia jurisdicción territorial autónoma e independiente, dentro de los límites de la soberanía estatal que conduzca a su personalización como colectivo en el interior de la sociedad, luego así como afirma Wilhelmi el reconocimiento de derechos colectivos pretende “exigir que tratándose de un pueblo sin Estado, se deba considerar a sí mismo como nación, entendiendo este término ligado a la aspiración estatal³⁰”. Refiere el reconocimiento a su personalidad jurídica como entidades sujetas de derechos debido a que con la concesión de derechos colectivos³¹ se intenta defender al individuo situado en la comunidad, en esa comunidad que le suministra dosis vivas de identidad y pertenencia³².

Desde mi punto de vista los derechos colectivos son los parámetros para el ejercicio de los derechos individuales de los miembros de los grupos indígenas, sin derechos colectivos los miembros de un pueblo indígena no pueden ejercitar sus derechos individuales. Los derechos colectivos constituyen el fundamento de su desarrollo como pueblos. Y es que precisamente, un pueblo es definido como aquél que

²⁸ PAREKH, Bhikhu, *Repensando el Multiculturalismo, Diversidad Cultural y Teoría Política*, cit., p. 265-266.

²⁹ *Ibíd.*, p. 243.

³⁰ WILHELMI, Marco Aparicio, *El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Libre Determinación* en Pueblos Indígenas y Derechos Humanos, cit., p. 404.

³¹ Acerca del derecho a la personalidad jurídica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, expresó en el Caso Saramaka vs Surinam: “Es decir, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica representa un parámetro para determinar si una persona es titular o no de los derechos de que se trate, y si los puede ejercer. La Corte también ha manifestado que la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular y gozar de esos derechos y obligaciones, lo cual pone al individuo en una posición vulnerable en relación con el Estado o terceros. En especial, la Corte ha observado que el Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley, en CIDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs Surinam*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr.166.

³² GOMEZ ISA, Felipe, *Los Pueblos Indígenas como sujetos del Derecho al desarrollo*, en Pueblos Indígenas y derechos humanos, cit., p. 455.

ocupa un hábitat o territorio específico, se caracteriza por una identidad particular que es reconocida por otros grupos humanos y por la continuidad histórica, desarrolla un universo simbólico determinado por cosmovisión, lengua, normas jurídicas, arte, que es distinto de otras y que constituye el fundamento de las estructuras sociales³³; elementos que indudablemente tienen significado no sólo desde la visión individual-liberal sino además desde la concreción de los fines legítimos de una comunidad. Por consiguiente, es válido afirmar que los pueblos “considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas³⁴”, adquieren valor y sentido cuando se protegen todos sus derechos humanos, bien sean individuales: salud, educación, acceso a la justicia, no discriminación o derechos colectivos, esto es, libre determinación, tierras, territorios, recursos naturales, desarrollo, consulta previa, participación y consentimiento libre e informado; puesto que los derechos humanos no solo son predicables de sujetos individuales, también los grupos o las comunidades pueden hacerlo gracias a rasgos que comparten y a que pueden expresar necesidades e intereses comunes³⁵. En definitiva “el derecho de los pueblos es un derecho colectivo, no porque se oponga a los derechos individuales sino porque es una condición para la realización plena de un derecho individual: la libertad, la facultad de elegirse a sí mismo y de elegir su propio plan de vida³⁶”.

1.2. El derecho a la libre determinación.

Uno de los derechos colectivos de los pueblos indígenas que exige mayor reconocimiento es el derecho a la libre determinación o autodeterminación. Conforme señala el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966:

³³ KROTZ, Esteban, *La nación ante los derechos de sus pueblos indígenas: sobre cultura y relaciones interculturales desde una perspectiva antropológica*, cit., p.15.

³⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, 26 de junio de 1989, art. 1, lit. b.

³⁵ WILHELMI, Marco Aparicio, *El derecho de los Pueblos Indígenas a la libre determinación*, cit. p. 401.

³⁶ VILLORO, Luis, *Derechos Humanos, Derechos de los Pueblos*, en Prevención de la violencia, Atención a grupos vulnerables y los Derechos Humanos. Los derechos de los Pueblos Indígenas, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2003, p. 98.

“Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”³⁷.

Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, consagra:

“Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”³⁸.

El derecho a la libre determinación se originó en la Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados conforme a la Carta de Naciones Unidas y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En un principio, se materializaba cuando un Estado cometía graves violaciones contra un pueblo o una comunidad dentro de sus fronteras, perdía la facultad de gobernarlos, y por lo tanto, esas comunidades tenían la oportunidad de ejercer su derecho de autodeterminación, a través del establecimiento de marcos propios de autogobierno ó incluso apelando a la secesión como alternativa para lograr el respeto de su dignidad humana y de sus derechos fundamentales. No obstante lo anterior, no sólo los pueblos coloniales tenían derecho a decidir acerca de su vida política, social y económica, sino que otros pueblos podían hacerlo siempre y cuando fuese dentro de las fronteras estatales y siempre que, el Estado actuara conforme al principio de igualdad y no discriminación respecto a las comunidades culturales diferenciadas³⁹. Es importante mencionar que las implicaciones que generó la interpretación del derecho de libre determinación en ese contexto primario de su desarrollo, incluyó en primer lugar, que los pueblos indígenas no fueran reconocidos por la comunidad internacional como pueblos que fueron sometidos a prácticas coloniales internas, siendo este un obstáculo para que pudieran acceder a la creación de un nuevo Estado y en segundo lugar, que no fueran

³⁷ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, art. 1.

³⁸ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 13 de septiembre de 2007, art. 3.

³⁹ OLIVA, Daniel, *Titularidad, contenido material, y límites de los derechos de los pueblos indígenas, hacia un ordenamiento jurídico internacional, preservador de la diversidad* en Una discusión sobre la gestión de la diversidad cultural, Oscar Pérez de la Fuente (Ed.), Dykinson, Madrid, 2008, p. 199.

reconocidos como pueblos a quienes se les violó sus derechos y libertades fundamentales no pudiendo acudir tampoco a una petición de libre determinación⁴⁰.

Con fundamento en lo anterior, conviene señalar que Torrecuadrada afirma que el reconocimiento de este derecho puede ser entendido en dos sentidos. El primero, demuestra la importancia del principio de libre determinación respecto al de integridad territorial, dando lugar al nacimiento de Estados independientes. El segundo, supone la libre determinación interna más no la formación de un nuevo Estado⁴¹. El derecho a la libre determinación interna comprende la facultad de determinar un sistema político que permita la elección de sus propias instituciones, de modo que, facilite a los pueblos indígenas regirse por normas autóctonas. Ese derecho pone de manifiesto el desarrollo de la identidad del grupo, consistente en “que la vida dentro de las tierras indígenas se produce de acuerdo con las normas ancestrales de la comunidad⁴²”, en otras palabras, lo que busca es la autonomía normativa de las comunidades indígenas. Conforme expresa la autora, sólo cuando el gobierno de un Estado sea culpable de violaciones sistemáticas de derechos humanos contra un grupo o minoría en concreto, el principio de libre determinación puede predominar sobre el de integridad territorial⁴³.

La comprensión del derecho a la libre determinación con el paso del tiempo fue reformulada gracias a las nuevas realidades del derecho internacional y a las pretensiones particulares de comunidades etnoculturales como los pueblos indígenas. El concepto sufrió transformaciones y ya no sólo se equiparaba al significado de secesión. Autores como Anaya empiezan a referirse a este derecho en el sentido de autodeterminación. La autodeterminación alude a la condición de sociabilidad de los seres humanos, no sólo a las expresiones de autonomía individual de los miembros de un grupo. En su opinión, la sociabilidad del hombre determina la organización y el funcionamiento de las comunidades en las que vive. En ese sentido, desde el punto de vista constitutivo la autodeterminación supone que el diseño de las instituciones que conformen un gobierno debe ser congruente con los procesos que incluyan la voluntad del pueblo gobernado. Desde una perspectiva continuada la autodeterminación requiere que

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 201.

⁴¹ TORRECUADRADA GARCIA-LOZANO, María Soledad, *Los Pueblos Indígenas en el orden internacional*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 157.

⁴² *Ibíd.*, p. 175.

⁴³ *Ibíd.*, p. 158.

la creación y el diseño de las instituciones de naturaleza política permitan a las personas vivir y desarrollarse de manera permanente⁴⁴.

En el aspecto constitutivo supone la constitución de procedimientos dirigidos a la creación o reforma de las instituciones políticas de una comunidad en particular. El ejercicio de la autodeterminación constitutiva requiere del consenso y de la participación de los miembros del grupo, dando lugar a que el nuevo orden institucional demuestre la voluntad colectiva del pueblo. En el aspecto continuado, la autodeterminación significa la capacidad permanente que deben predicar tanto los individuos como los grupos de adoptar decisiones de importancia en situaciones que afecten los distintos ámbitos de su vida⁴⁵. En el caso de los grupos culturalmente diferenciados, la autodeterminación continuada fortalece la necesidad de crear un orden político democrático donde el grupo pueda mantener su diferencia haciendo que ésta sea la muestra de las instituciones en las que habita⁴⁶. Y, desde el punto de vista reparativo, la autodeterminación comporta el hecho consistente en que las reparaciones de violaciones históricas deben ser acordes con las demandas actuales de los grupos o colectivos que fueron sujetos de agravios; dichas reparaciones no siempre significan la creación de nuevos Estados⁴⁷.

Para Boaventura de Sousa el derecho de libre determinación no debe ser entendido como petición de secesión, independencia o autonomía estatal sino como denuncia de exclusión social y falta de participación⁴⁸. Ese argumento es confirmado por Anaya cuando expresa que el principio de libre determinación está ligado a los derechos humanos no a los derechos de los Estados. En otros términos, la autodeterminación en sentido pleno no implica la existencia de un Estado soberano o que pueda ser limitada por la creación de un nuevo Estado; por el contrario, supone la acomodación de las realidades indígenas y el autentico ejercicio de sus derechos dentro de los propios Estados⁴⁹.

Oliva considera que la libre determinación consiste en la inclusión de estructuras autónomas en los Estados conducidos a favorecer la protección de los derechos

⁴⁴ ANAYA, James, *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*, cit., p. 152.

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 153-154.

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 156.

⁴⁷ *Ibíd.*, p. 157-158.

⁴⁸ SOUSA SANTOS, B., *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, cit., p. 407.

⁴⁹ ANAYA, James, *Porque no debería existir una Declaración sobre los derechos de los Pueblos Indígenas*, en *Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas: hacia un mundo intercultural y sostenible*, Los libros de la Catarata, Madrid, 2009, p. 42-43.

económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas, y su desarrollo de acuerdo con aquello que constituye sus prioridades grupales, porque se trata de prioridades que promueven la preservación de su identidad cultural⁵⁰. El derecho de autodeterminación configura la obligación que debe asumir el Estado de reconocer que los pueblos indígenas son sujetos jurídico-políticos válidos capaces de expresar sus demandas sobre la base de su propio derecho⁵¹. Está relacionado con el deber de los Estados de implementar al interior de sus fronteras, lineamientos de participación a nivel democrático que conduzcan a la libre decisión de las sociedades que hacen parte de sus países, teniendo siempre en cuenta su particular y valiosa realidad cultural. En otros términos, la necesidad de incorporar marcos autónomos en el interior de los Estados que garanticen los derechos políticos, económicos y culturales de las comunidades culturales diferenciadas y que brinden la posibilidad de desarrollar su vida comunitaria de acuerdo con las características que los identifican⁵².

El derecho a la libre determinación se manifiesta en la lucha por conseguir autonomía y en el deber que tienen los Estados y la sociedad de reconocer a los pueblos indígenas como sujetos de derechos colectivos y por consiguiente de garantizar sus derechos humanos; eso supone la transformación de los cimientos del Estado- Nación, para que puedan ser incluidos en las esferas institucionales, para que integren la diversidad y pluralidad que caracteriza a esos mismos Estados y para que abandonen su condición de sociedades colonizadas⁵³. La lucha por la libre determinación exige la participación directa de las comunidades indígenas en el fortalecimiento de su condición como sujetos colectivos, como pueblos. Villoro entiende que las comunidades humanas que tienen una unidad de cultura integrada por instituciones sociales y políticas, que asumen un pasado histórico y proyectan un futuro común, que reconocen una identidad colectiva y se aceptan como miembros de esa identidad, que abarcan un territorio propio que es interpretado como hábitat común y referencia simbólica y espiritual⁵⁴ deben tener

⁵⁰ OLIVA, Daniel, *Los Pueblos Indígenas a la conquista de sus derechos. Fundamentos, contextos formativos y normas de Derecho Internacional*, cit., p. 760.

⁵¹ ALVAREZ MOLINERO, Natalia, *El sujeto indígena y el derecho de autodeterminación, en la Declaración de Naciones Unidas de los Pueblos Indígenas ¿Tienen los Pueblos Indígenas personalidad jurídica internacional?*, en Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas: hacia un mundo intercultural y sostenible, cit., p. 216.

⁵² OLIVA, Daniel, *Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural*, cit., p. 238.

⁵³ LOPEZ BARCENAS, Francisco, *Autonomías indígenas en América: de la demanda de su reconocimiento a su construcción*, en Estudios y debates sobre multiculturalismo y derecho indígena desde las visiones México-España, cit., p. 288.

⁵⁴ VILLORO, Luis, *Derechos Humanos, Derechos de los Pueblos*, cit., p. 90.

la potestad de decidir sobre los aspectos más significativos de su vida en comunidad; porque mientras el Estado se define frente a una relación de poder, un pueblo lo hace frente a una relación de cultura⁵⁵.

Por lo tanto, los pueblos indígenas consolidan su derecho a la libre determinación cuando tienen la capacidad de enfrentarse a los Estados para reclamar la falta de reconocimiento y efectividad de sus derechos colectivos, transformar la realidad social, económica, política y cultural en la que viven y modificar el estado de subordinación que siempre los ha definido⁵⁶; pues se trata de un derecho a través del cual los pueblos indígenas pueden participar de forma activa en los asuntos de gobierno que los afecte, esa circunstancia supone inevitablemente el establecimiento de un régimen de autonomía en el interior de los Estados⁵⁷. Para A. Daes “los pueblos indígenas demandan la oportunidad de escoger su propio lugar en los Estados en donde viven, la oportunidad que se les ha negado en el pasado”⁵⁸.

La libre determinación integra una dimensión política que se concreta en el derecho al autogobierno, un fundamento económico representado en el derecho al autodesarrollo, una base cultural que implica el derecho a la identidad cultural, una dimensión jurídica vinculada al derecho propio, una vertiente territorial configurada en derechos territoriales y una participativa manifestada en el derecho al consentimiento informado y a la consulta previa⁵⁹. Galvís sostiene que el derecho a la autodeterminación garantiza el bienestar y el futuro de los pueblos indígenas gracias a que asegura la conservación de sus prácticas culturales, modos de vida y costumbres, así mismo porque afirma su supervivencia como pueblos distintos. Su disfrute se presenta cuando el Estado es capaz de garantizar los siguientes derechos: autonomía en los asuntos internos y locales de sus comunidades; disposición de recursos que faciliten la financiación de sus funciones autónomas; reconocimiento de su derecho a definir prioridades y estrategias para el desarrollo de sus tierras o territorios así como de los recursos naturales presentes en éstos; consulta previa a la adopción de medidas que puedan provocarles daños;

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 91.

⁵⁶ LOPEZ BARCENAS, Francisco, *Autonomías indígenas en América: de la demanda de su reconocimiento a su construcción*, cit., p. 290.

⁵⁷ STRAVENHAGEN, Rodolfo, *¿Por qué los derechos indígenas?* en *Prevención de la violencia, Atención a grupos vulnerables y los Derechos Humanos. Los derechos de los Pueblos Indígenas*, cit., p. 31.

⁵⁸ DAES, Erica-Irene, *Breve revisión de los derechos fundamentales de los Pueblos indígenas en el mundo*, en *Prevención de la violencia, Atención a grupos vulnerables y los Derechos Humanos. Los derechos de los Pueblos Indígenas*, cit., p. 37.

⁵⁹ OLIVA, Daniel, *Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural*, cit., p. 240.

consentimiento antes de que se ejecuten proyectos o planes de inversión que causen impacto a sus pueblos; participación dinámica en programas de salud, vivienda o de carácter económico y social que los afecten y participación efectiva en la vida pública⁶⁰.

Según Wilheimi el derecho a la libre determinación comprende la ampliación de las decisiones autónomas de los pueblos indígenas. Hace referencia al marco jurídico y político en el que se ubican estos pueblos respecto a su relación con el Estado, de manera que les permite la consecución de sus principales demandas, fundamentalmente aquellas conectadas con derechos territoriales y etnodesarrollo⁶¹. Supone la posibilidad de auto determinar su organización política, institucional, social y sus condiciones de desarrollo. Comporta a su vez, el fortalecimiento de un grado de autonomía que puede variar dependiendo de la presencia o no de autogobierno al interior de sus comunidades, la presencia social y política a nivel institucional o la capacidad de negociación que tenga frente al Estado⁶². El autogobierno implica que los pueblos indígenas puedan ejercer poderes autónomos y adecuados en sus territorios tradicionales como un elemento cardinal en el desarrollo y conservación de sus manifestaciones culturales y como parte integrante y fomentadora de su supervivencia como pueblos diferenciados⁶³.

Cabe resaltar que el derecho a la libre determinación no puede ser concebido como un derecho de naturaleza absoluta, es vital entender que los pueblos indígenas pueden conservar y cultivar sus usos, costumbres e instituciones propias, pero, en la medida en que no sean incompatibles con los derechos fundamentales establecidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional⁶⁴.

Sin embargo, el derecho a la autodeterminación en su dimensión de autonomía, casi siempre es negado porque es comprendido por fuera de las estructuras propias del Estado- Nación y por tanto de la soberanía estatal, así como de la unidad del poder y del derecho. Así mismo, porque hasta la fecha se siguen nutriendo los fundamentos de la

⁶⁰ GALVIZ, María Clara, *Manual para defender los derechos de los pueblos indígenas*, Due Process of Law Foundation, Washington D.C., 2011, p. 9.

⁶¹ Cabe precisar que se trata de un derecho colectivo de carácter genérico, en la medida que de él surgen derechos, como la no discriminación, la integridad cultural, la protección de las tierras, territorios, recursos naturales, la autonomía, el autogobierno, la consulta previa y la participación, así como el derecho al desarrollo propio y al bienestar social.

⁶² WILHELMI, Marco Aparicio, *El derecho de los Pueblos Indígenas a la libre determinación*, cit. p. 408-410.

⁶³ OLIVA, Daniel, *Titularidad, contenido material, y límites de los derechos de los pueblos indígenas, hacia un ordenamiento jurídico internacional, preservador de la diversidad*, cit., p. 210.

⁶⁴ *Ibíd.*, p. 215.

superioridad cultural que representan el proyecto civilizatorio de una sociedad hegemónica que por supuesto tiene como principal protagonista al Estado⁶⁵. “Una premisa implícita en este tipo de perspectiva es que el Estado constituye la forma más elevada de autodeterminación para las comunidades culturales o nacionales⁶⁶”. Ese Estado de carácter monocultural que obedece a los intereses económicos y políticos de los grupos que los sustentan⁶⁷ y que se construye bajo una Nación única y homogénea, pretende desconocer la presencia de realidades de colectivos diversos que exigen abandonar o superar el tradicional esquema de Estado-Nación para lograr establecer una organización política basada en la existencia de una pluralidad jurídica y cultural incluyente. Efraín Jaramillo sostiene que “Los antagonismos se presentan cuando se crean Estados, que arrojan varios conjuntos culturales bajo un solo ordenamiento político. Y de ese antagonismo surge entonces el interés de los Estados por suprimir las diferencias socioculturales y étnicas a su interior⁶⁸”.

Esos sujetos-colectivos bajo la perspectiva de su libre determinación buscan conformar un espacio común donde se respete su identidad y se fomente un dialogo de carácter intercultural que les asegure los mismos derechos y las mismas oportunidades que los demás, de tal forma que, contribuyan a la construcción de una parte de la institucionalidad política. Para eso, algunos autores proponen la presencia de una representación diferenciada en las instituciones estatales, a través de su capacidad de veto colectivo de cara a cualquier decisión que pueda perjudicarles. De allí nacerá entonces el hecho de que el principio de autodeterminación condicione el ejercicio pleno de su derecho a la consulta previa. Tanto el derecho a la consulta como el consentimiento aprueban que una parte no se imponga sobre la otra y que exista un acuerdo y un entendimiento mutuo entre Estado y pueblos indígenas, cuando se trate de la adopción de medidas legislativas o administrativas que vulneren sus derechos humanos. De lo anterior se colegirá lo siguiente: si la exclusión de los pueblos indígenas persiste sobre todo en el ámbito de la participación en la toma de decisiones que los afectan, el derecho de

⁶⁵ WILHEIMI, Marco Aparicio, *Los Pueblos Indígenas y el derecho: los límites del reconocimiento jurídico de la multiculturalidad en América Latina*, en Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas: hacia un mundo intercultural y sostenible, cit., p. 204.

⁶⁶ ANAYA, James, *Pueblos indígenas, comunidad internacional y derechos humanos en la era de la globalización* en Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas, cit., p. 96.

⁶⁷ LOPEZ BARCENAS, Francisco, *Autonomías indígenas en América: de la demanda de su reconocimiento a su construcción*, en Estudios y debates sobre multiculturalismo y derecho indígena desde las visiones México-España, cit., p. 293.

⁶⁸ JARAMILLO, Efraín, *Indígenas Colombianos y Estado, Desafíos ideológicos y políticos de la multiculturalidad*, cit., p. 36.

consulta no podrá ser reivindicado, luego tampoco su autodeterminación, porque no se estará reconociendo que estos colectivos son autónomos respecto al ejercicio de sus derechos fundamentales⁶⁹, incluido por su puesto su derecho a la consulta previa.

Ahora bien, respecto a los efectos que genera el reconocimiento de este derecho Álvarez Molinero aduce que aunque implique el hecho consistente en que los pueblos indígenas son soberanos en sus asuntos y por eso cuentan con la capacidad de definir los elementos que integrarán su vida como comunidades diversas, eso no significa que pueda equipararse a la personalidad jurídica internacional. Mientras la personalidad jurídica abarca la titularidad de derechos y obligaciones así como la capacidad de actuar a nivel internacional a través del establecimiento de relaciones jurídicas con otros sujetos internacionales; la autodeterminación no siempre da lugar a la creación de un discurso que pueda ser considerado autentico y legitimo conforme a derecho, tal y como ocurre con otros. Afirma -por ejemplo- que los Estados que deciden explotar recursos naturales en zonas protegidas y donde existen comunidades indígenas, se enfrentan o bien a la necesidad de explotar o a la conservación ambiental. La decisión que adopten y que por lo general se encontrará asociada a fines económicos porque protegerá los intereses nacionales, estará legitimada por cuanto deviene del sujeto-Estado, luego será interpretada como un discurso verdadero⁷⁰. En cambio, si esa decisión de explotación corresponde a los pueblos indígenas, usualmente recaerá sobre la protección del medio ambiente (por la afinidad especial que expresan respecto a sus tierras y territorios) y a pesar de que sea legal y legítima no podrá ser asumida en esos términos⁷¹, porque “surge de un sujeto que no tiene la misma posición en el sistema que el sujeto-Estado, no

⁶⁹ WILHEIMI, Marco Aparicio, *Los Pueblos Indígenas y el derecho: los límites del reconocimiento jurídico de la multiculturalidad en América Latina*, en Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas: hacia un mundo intercultural y sostenible, cit., p. 205-206.

⁷⁰ Ese discurso puede ser ejemplificado a través del caso de Yasuní en Ecuador: “Con el proyecto Yasuní, Rafael Correa propuso hace unos años en la plenaria de Naciones Unidas un trato simple. Según él, como el mundo necesita el oxígeno, el agua y la estabilidad climática que proporciona la selva, alguien debería pagar por conservarla. Por eso, el presidente ecuatoriano ofreció no realizar la gigantesca explotación petrolera a cambio de que la comunidad internacional le pagara la mitad de los 7.000 millones de dólares que ganaría su país si lo hiciera. Esa propuesta fracasó y esta semana el sueño de Yasuní, que habría sido histórico en la lucha contra el cambio climático, quedó en el olvido”, *Colombia le puso candado a la Amazonía*, en Revista Semana, Bogotá, 16 de agosto de 2013, disponible en <http://www.semana.com/nacion/articulo/colombia-puso-candado-amazonia/354335-3>. [Consulta 18 de agosto de 2013].

⁷¹ Al respecto conviene anotar los planteamientos expuestos por Álvarez Molinero: “El reconocimiento del derecho a iniciar demandas internacionales o a participar en la elaboración de tratados por parte de los pueblos indígenas pierde totalmente su sentido si no tenemos en cuenta como los Estados subordinan los discursos de estos pueblos para que estos se vuelvan insuficientes, irrelevantes o ilegítimos. La calificación de lo que constituye derecho se presenta así como un campo de batalla en el que se escenifica una lucha de poder”, ALVAREZ MOLINERO, Natalia, *El sujeto indígena y el derecho de autodeterminación, en la Declaración de Naciones Unidas de los Pueblos Indígenas ¿Tienen los Pueblos Indígenas personalidad jurídica internacional?*, cit., p. 228.

pudiendo ser considerado en muchos casos con la misma fuerza que un discurso verdadero”⁷². Esto demuestra la importancia del conocimiento sobre el contenido del derecho y la clase de reconocimiento que se otorga al sujeto colectivo, ya que no en todos los eventos el derecho de autodeterminación asegura que los entes estatales lleguen a un acuerdo con los pueblos indígenas sobre la adopción de decisiones que valoren y reconozcan la violación de sus derechos colectivos a la tierra, territorio, recursos naturales o consulta previa⁷³.

Cabe precisar por consiguiente que los pueblos indígenas reclaman una subjetividad jurídica que no se fundamenta simplemente en el reconocimiento que el Estado concede a un sujeto de acuerdo con las normas de derecho internacional, sino que se basa en la presencia de una colectividad de naturaleza jurídica-política que es previa al mismo Estado y que sobrepasa las demandas de consagración normativa de algunos derechos, lo que pretenden estas comunidades es que dicho reconocimiento sea congruente y respetuoso con sus formas de vida y cosmovisiones, toda vez que - se insiste- los pueblos indígenas no sólo son pueblos por el hecho de haber sido reconocidos por el sujeto- Estado sino porque predicen una existencia anterior que además es soberana e independiente⁷⁴ y cuya titularidad incentiva además de su participación a nivel político, el desarrollo integral de sus comunidades. A través de este derecho los pueblos indígenas pueden adoptar decisiones que faciliten la determinación libre de su condición política. Garantiza una participación continua en el control de su propio destino, y en sus asuntos internos y locales de acuerdo con las normas de protección de los derechos humanos⁷⁵.

1.3. El derecho a la tierra, territorios y recursos naturales.

El hábitat es configurado por los pueblos indígenas como el espacio físico donde pueden practicar la caza o la recolección a través del conocimiento de las rutas de transformación estacional de la fauna, de los ciclos de reproducción de cada especie animal, de las relaciones con el agua, el aire, el saber sobre la fragilidad y sensibilidad de los recursos por un uso inapropiado, los límites de los espacios habitados por otros grupos, el abastecimiento de alimentos, la necesidad de cuidar de los bosques, las

⁷² *Ibíd.*, p. 220.

⁷³ *Ibíd.*, p. 221.

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 222.

⁷⁵ MECANISMO DE EXPERTOS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, *Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*, A/HRC/EMRIP/2010/2, 17 de mayo de 2010, p. 9-10.

cuenas, las aves, los peces⁷⁶. Con los animales y las especies vegetales los grupos indígenas comparten una “energía vital limitada”⁷⁷. La interacción en su propio hábitat con estas especies, mantiene un equilibrio energético que permite conservar los bienes de la naturaleza sin provocar alteraciones en el ecosistema en el que tienen lugar sus formas de vida tradicionales, esto se debe a una actitud ecológica, que tiene como fin la coexistencia con la naturaleza y la utilización de los recursos sin agotarlos⁷⁸. Los espacios vitales de los pueblos indígenas se expresan en sus sabios conocimientos y prácticas tradicionales, en la conformación de su estructura social, esto es, en su vida comunitaria y sobre todo en la construcción de sus valores culturales⁷⁹.

Recordemos que la territorialidad constituye uno de los conceptos trascendentales que hacen parte de las reivindicaciones de los pueblos indígenas, no sólo en su noción de derecho colectivo sino también en su dimensión existencial como pueblos, pues configura una importancia vital para el ejercicio del resto de sus derechos⁸⁰. En efecto, el derecho a la tierra, comprende el derecho a la utilización de los recursos naturales, es decir, el derecho a la protección y disfrute de las tierras y recursos naturales. Abarca los derechos de información, consulta previa, participación, restitución e indemnización. Por su parte, el derecho al territorio está constituido por el derecho a la propiedad de las tierras y recursos naturales y el derecho a usar y explotar esas tierras y recursos de conformidad con sus usos y costumbres, está relacionado con el derecho a mantener la propia cultura, la libertad religiosa, el derecho a la propiedad intelectual, el derecho a conservar sus propias estructuras sociales, políticas, económicas y en definitiva el derecho a la

⁷⁶ Una muestra de esa visión se reconoce en la Declaración de Kari Oca a través de la cual estos pueblos expresan: “Nosotros, los pueblos indígenas, caminamos en el futuro en las huellas de nuestros antepasados. Del mayor al menor ser viviente de las cuatro direcciones, del aire, el agua, la tierra, y las montañas, el creador nos ha puesto a nosotros, los pueblos indígenas en nuestra Madre, la Tierra. (...) Mantenemos nuestros derechos inalienables a nuestras tierras y territorios, a todos nuestros recursos encima y debajo de la tierra y a nuestras aguas. Afirmamos nuestra continua responsabilidad de pasar estos derechos a generaciones futuras. No podemos ser desalojados de nuestras tierras. Nosotros, los pueblos indígenas estamos unidos por el círculo de la vida a nuestras tierras y a nuestro medio ambiente. Nosotros, los pueblos indígenas, caminamos en el futuro en las huellas de nuestros antepasados”, CONFERENCIA MUNDIAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS *Declaración de Kari Oca*, Firmado en Kari-Oca, Brasil, 30 de mayo de 1992.

⁷⁷ JARAMILLO, Efraín, *Indígenas Colombianos y Estado, Desafíos ideológicos y políticos de la multiculturalidad*, cit., p. 32-33.

⁷⁸ BURGER, Julián, *Aborígenes: para un futuro de los pueblos indígenas*, Celeste, Madrid, 1992, p. 40.

⁷⁹ KUPPÉ, René, *Derechos Indígenas y protección del medio ambiente, ¿Dos estrategias en contradicción?*, en *Pueblos Indígenas y derechos étnicos*, VII Jornadas Lascasianas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1999, p. 178-180.

⁸⁰ GARCÍA HIERRO, Pedro, *Territorios Indígenas. Tocando a las puertas del derecho*, en *Revista de Indias*, Vol. LXI, No. 223, 2001, p. 619.

autodeterminación⁸¹. Esto quiere decir que a través de estos derechos los pueblos indígenas pueden ejercer autoridad y poder como lo hace un ente público- municipio o región-, dentro de lo que constituyen los límites de su jurisdicción y competencia, en otras palabras, ejercer control sobre lo que sucede en esos espacios, determinar cuál será su uso y disposición; participar como colectividades en las decisiones que afectan a tales territorios y a los recursos allí presentes; aplicar sus normas y practicar sus costumbres y tradiciones; auto regular sus formas de organización social y representación; orientar y administrar su economía así como aprovechar sus recursos naturales y ejercer una especie de equilibrio ecológico para tratar de evitar degradaciones ambientales⁸².

Las tierras ocupadas tradicionalmente por los pueblos indígenas constituyen el elemento primordial de su vitalidad física, cultural y espiritual⁸³. La narración de la existencia indígena expresada en la historia del lugar en el que viven, abarca el uso o presencia tradicionales, la conservación de sitios sagrados o ceremoniales, los asentamientos o cultivos temporales, la recolección, pesca, cacería, uso continuo de recursos naturales y la presencia de elementos que integran de manera visible sus expresiones y manifestaciones culturales. La vitalidad indígena se apoya implícitamente en la necesidad de garantizar la importancia de la propiedad comunitaria indígena y la trascendencia de la tierra en sí misma, de forma autónoma, pues ésta se encuentra:

“estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias y el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía, valores⁸⁴”.

La relación particular que tienen los pueblos indígenas con el aspecto territorial, adquiere una fuerte connotación comunitaria en términos de derechos colectivos. Las comunidades indígenas comparten comunitariamente la soberanía sobre la tierra. La propiedad fundamental reposa en la comunidad. Cada uno de los miembros es guardián de la tierra, por eso, los indígenas protegen lo que fue dejado por sus ancestros y buscan

⁸¹ BERRAONDO, Mikel, *Derecho humano al medio ambiente y pueblos indígenas. Dos derechos con un mismo fin*, cit., p. 76-77.

⁸² REATEGUI SILVA, Juan, *Estado, territorios indígenas, recursos naturales y medio ambiente*, en Estado de Debate sobre los derechos de los pueblos indígenas. Construyendo sociedades interculturales en América latina y el Caribe, Fondo Indígena, 2011, p. 55.

⁸³ CIDH, Informe, No. 40/04 Caso 12.503, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice)*, 12 de octubre de 2004, párr. 155.

⁸⁴ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 154.

conservarlo para las generaciones futuras⁸⁵. Según el pensamiento indígena los seres humanos no pueden ser usufructuarios de la tierra, tienen la responsabilidad colectiva de preservarla⁸⁶. Esa dimensión colectiva del derecho de propiedad de los pueblos indígenas, se construye a través de la comprensión de que las tierras y los recursos naturales son contemplados como elementos que pueden ser disfrutados por la comunidad en conjunto. Dicha dimensión, sostiene el reconocimiento y la realización colectiva de los demás derechos humanos de los que son titulares los miembros de los grupos indígenas. Si la tierra es la base de la conexión cultural de los pueblos indígenas con su origen, usos, costumbres y tradiciones, es posible considerar que el reconocimiento de los derechos territoriales, es decir, la posesión, el uso y el goce de tierras y recursos que han sido ocupados a través de una continuidad histórica específica, supone a la par el reconocimiento de la identidad cultural indígena y permite a su vez, el reconocimiento de la idea de desarrollo sostenible o sostenibilidad junto a su condición de pueblos y derecho de libre determinación⁸⁷.

Cuando hablamos de derechos territoriales inevitablemente debemos hacer referencia al concepto de propiedad. Para García Hierro la propiedad se caracteriza por tener un régimen legal propio que deviene de un desarrollo histórico determinado y que expresa valores culturales de la sociedad occidental que no siempre son compatibles con las formas de uso que las comunidades indígenas otorgan a su hábitat natural. El concepto de propiedad privada prima en el sistema occidental y es concebido como un instrumento de poder que el hombre tiene sobre sus cosas y que le permite disponer de ellas de forma exclusiva frente a otros. En cambio, para los pueblos indígenas el territorio y por tanto la propiedad se vincula al pueblo y no al individuo y no se puede disponer de ella a su antojo. Los pueblos indígenas no reclaman las características de la institución de la propiedad, o los valores que predominan en la sociedad de mercado y que trae consigo divisibilidad, alinealidad o circulación mercantil, lo que buscan los pueblos es reclamar ejercer su exclusividad y perpetuidad⁸⁸.

En ese orden, el reconocimiento de las formas de propiedad que nacen de prácticas consuetudinarias de los pueblos étnicos y que son consideradas distintas de los

⁸⁵ GRAY, Andrew, *Entre la integridad cultural y la asimilación. Conservación de la biodiversidad y su impacto sobre los pueblos indígenas*, Iwgia, Documento 14, Copenhague, 1992, p. 29-30.

⁸⁶ BURGER, Julián, *Aborígenes: para un futuro de los pueblos indígenas*, cit., p. 23.

⁸⁷ GARCIA- FALCES, Nieves, *La Declaración como instrumento para la convivencia intercultural*, en *Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas: hacia un mundo intercultural y sostenible*, cit., p. 117.

⁸⁸ GARCIA HIERRO, Pedro, *Territorios indígenas: Tocando a las puertas del derecho*, cit., p. 622-624.

modos de propiedad que existen en la sociedad dominante⁸⁹ “choca con la propia noción de los bienes económicos que se describen en la legislación civil (susceptibles de derechos superpuestos, individualizables objetiva y subjetivamente) y con la fórmula concesional que rige la legislación de esta parte del continente respecto de los recursos naturales⁹⁰”. El derecho que tienen los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales es un derecho originario, que no está sujeto a una condición temporal, o a la duración de la vida humana, tampoco comienza o termina con un título⁹¹.

Con relación a este derecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Awas Tigni⁹², -caso que se originó en el otorgamiento por parte del Estado de Nicaragua de una concesión de explotación maderera sin consulta previa y sin consentimiento en territorio ancestral- no titulado- de la comunidad Awas Tigni-⁹³; fue precisa al considerar que:

“El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro⁹⁴”.

Así mismo, agregó:

“Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras⁹⁵”.

⁸⁹ ANAYA, James, *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*, cit., p. 204.

⁹⁰ GARCIA HIERRO, Pedro, *Territorios indígenas: Tocando a las puertas del derecho*, cit., p. 632.

⁹¹ *Ibíd.*, p. 637.

⁹² Para Rodríguez Piñero: “El interés de la sentencia del caso Awas Tigni reside precisamente en una interpretación del derecho de propiedad que no es sólo extensiva, sino creativa en el sentido de adaptación a la evolución de los estándares internacionales en materia de derechos humanos. A los términos explícitos en los que se recoge la norma del derecho de propiedad en la Convención Americana, la Corte contrapone una interpretación evolutiva de la norma, que le permite incluir bajo su ámbito de protección las formas indígenas de tenencia comunal de la tierra”, RODRIGUEZ PIÑERO, Luis, *El caso Awas Tigni y la norma internacional de propiedad indígena de las tierras y recursos naturales*, en *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas*, cit., p. 230.

⁹³ *Ibíd.*, p. 225.

⁹⁴ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs Nicaragua*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2009, párr. 151.

⁹⁵ *Ibíd.*, párr. 149.

De acuerdo con Berraondo López esta sentencia es importante porque logra reconocer la relación espiritual y cultural que mantiene unidos a los pueblos indígenas con sus territorios y porque considera que dicha relación debe ser relevante para los Estados a la hora de reconocer el derecho de propiedad incluidos los sistemas tradicionales indígenas de tenencia de la tierra, sin importar el contenido expreso del artículo 21 de la Convención⁹⁶ ya que ésta no se puede ceñir a una concepción civilista de la propiedad. Según Rodríguez-Piñero el reconocimiento del derecho a la propiedad indígena en la citada sentencia, supuso la caracterización del derecho desde cuatro aristas principales: su naturaleza eminentemente colectiva, basada en la relación indisoluble existente entre derecho individual y derecho colectivo; su dimensión cultural, la cual garantiza la supervivencia del grupo; su dimensión intertemporal, que demuestra el compromiso de solidaridad que asumen los pueblos indígenas por las generaciones futuras, su fundamentación en los propios sistemas jurídicos indígenas y la necesidad de que sea identificado -por parte del Estado- el uso y goce de las tierras indígenas a través de la correspondiente titulación, titulación que al mismo tiempo representa un acto declarativo más no constitutivo de derechos⁹⁷.

En el supuesto de las hermanas Dann contra EE UU, -el problema radicaba en el hecho de que el Gobierno federal hubiese otorgado concesiones para explotar el territorio Soshone bajo el argumento de que no existían títulos nativos, pues estos se habían extinguido-, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos puntualizó los derechos de los pueblos indígenas en el ámbito territorial y principalmente en cuestiones relativas a propiedad⁹⁸. Sostuvo que estos pueblos tienen derecho a que se reconozca legalmente sus distintas formas de control, propiedad, uso y usufructo de sus territorios y bienes. También, al reconocimiento de su derecho de propiedad y posesión respecto a las tierras, territorios y recursos ocupados históricamente. Y finalmente, al reconocimiento de los títulos permanentes e inalienables, a que dichos títulos de propiedad sean modificados por consentimiento entre los pueblos indígenas y el Estado y con completo conocimiento

⁹⁶ BERRAONDO, Mikel, *Derecho humano al medio ambiente y pueblos indígenas. Dos derechos con un mismo fin*, cit., p. 87.

⁹⁷ RODRIGUEZ PIÑERO, Luis, *El caso Awas Tigni y la norma internacional de propiedad indígena de las tierras y recursos naturales*, cit., 233-242.

⁹⁸ BERRAONDO, Mikel, *Pueblos Indígenas y recursos naturales bajo el sistema interamericano de derechos humanos, entre la privatización y el ejercicio de los derechos humanos*, en *Caminos hacia el reconocimiento: pueblos indígenas, derechos y pluralismo*, cit., p. 170.

tanto de los atributos como de la naturaleza del bien. En caso de pérdida irrevocable de los derechos de propiedad competiría a los Estados entregar una justa indemnización⁹⁹.

Es importante mencionar del mismo modo que el territorio y las tierras indígenas no sólo abarcan el espacio físico donde viven las comunidades nativas sino que comprenden también los recursos naturales: flora, fauna, minerales como el carbón, el petróleo, la sal, la madera; todos aquellos recursos que posibilitan el mantenimiento del estado de la biosfera, la satisfacción de las necesidades humanas y la manufactura de productos¹⁰⁰. Los recursos naturales aseguran el fundamento material del bienestar de los pueblos indígenas, entendido como vida plena, fundada en su identidad, dignidad, sabiduría, armonía con la Madre Tierra y sistemas de conocimientos tradicionales¹⁰¹. La soberanía que ejercen los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales se describe como un derecho colectivo que debe ser protegido, respetado y promovido en términos de gobierno y propiedad por parte del Estado¹⁰². Los recursos naturales, las tierras y el reconocimiento de sus territorios conforman la raíz a partir de la cual se fortalece su supervivencia como comunidades humanas, como grupos culturalmente diversos porque:

“La cultura de las comunidades indígenas, en efecto, corresponde a una forma de vida que se condensa en un particular modo de ser y de actuar en el mundo, constituido a partir de valores, creencias, actitudes y conocimientos, que de ser cancelado o suprimido - y a ello puede llegarse si su medio ambiente sufre un deterioro severo-, induce a la desestabilización y a su eventual extinción¹⁰³”.

En otras palabras, como consecuencia del derecho a la propiedad territorial, surge el derecho a disfrutar de acuerdo con las tradiciones y costumbres indígenas el derecho a los recursos naturales que se encuentren en sus tierras ancestrales¹⁰⁴. El derecho de propiedad de las comunidades indígenas respecto a los recursos naturales también está vinculado a su cultura, toda vez que su uso y goce es una prístina expresión de la esencia inmaterial que supone la configuración territorial en las formas de vida indígena.

⁹⁹ CIDH, *Caso Mary y Carrie Dann*, Caso No. 11.140, Informe No. 75/02, 27 de diciembre de 2002, párr.130.

¹⁰⁰ CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, cit., párr. 41.

¹⁰¹ FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDIGENAS, *Estudio sobre los pueblos indígenas y las empresas para examinar los mecanismos y las políticas existentes en relación con las empresas y los pueblos indígenas y determinar las mejores prácticas*, E/C.19/2011/12, 10 de marzo de 2010, p. 3.

¹⁰² Informe final de la Relatora Especial, Sra. Erica-Irene A. Daes, *La soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales*, E/CN.4/Sub.2/2004/30, 13 de julio de 2004, p. 20.

¹⁰³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia T-380 de 1993*, p. 15.

¹⁰⁴ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, párr. 118.

Precisamente una de las vertientes que conforman ese vínculo, se plasma en el derecho que tienen los pueblos indígenas de ser consultados previamente cuando el Estado pretenda realizar planes o proyectos de inversión dirigidos a otorgar autorizaciones para la explotación o exploración de recursos naturales en territorios indígenas so pena de vulnerar su integridad cultural. En este punto conviene destacar que la industria minera y petrolera ha generado efectos económicos, sociales y culturales importantes cuando evade ese deber de consulta. En el Perú, - por ejemplo- el Gobierno entregó concesiones territoriales a empresas extractivas sin reconocer los derechos de los pueblos indígenas Awajun Wampis a ser consultados previamente y a participar en las decisiones que los afectan, ocasionado graves perjuicios en la vida de sus comunidades¹⁰⁵.

El bienestar físico, económico, espiritual y cultural de los pueblos indígenas depende inevitablemente de la protección de sus derechos a la conservación de sus tierras, ecosistemas y recursos naturales. Así lo consagran los artículos 4.1, 6.1, 14, 15.1, 15.3 y 16. 1-2, del Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) así como las normas establecidas en los artículos 10, 19, 25, 26, 27 y 29 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La ausencia de reconocimiento de los derechos al uso, goce y disfrute de tierras ancestrales y recursos naturales puede poner en riesgo la vida de los integrantes de las comunidades indígenas, cuando se les impide el desarrollo de sus actividades tradicionales de subsistencia: caza, pesca, recolección. El derecho a la salud también puede verse afectado en tanto surge la imposibilidad de acceder a ciertos recursos naturales o la destrucción de los mismos provoca la privación de fuentes nutricionales o de alimentación que trastornan el estado de salud de las personas indígenas y en consecuencia, vulneran su vida e integridad personal. Adicionalmente sus derechos económicos y sociales pueden verse amenazados por la imposibilidad de desarrollarse en un entorno y medio ambiente adecuado, restringiéndose así, las condiciones suficientes para garantizar una existencia digna. La negación frente al reconocimiento de derechos territoriales, puede además vulnerar de forma directa la identidad cultural y la libertad religiosa de los pueblos indígenas, pues claramente:

“la posesión de su territorio tradicional está marcada de forma indeleble en su memoria histórica y la relación que mantienen con la tierra es de una calidad tal que su

¹⁰⁵ FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDIGENAS, *Estudio sobre los pueblos indígenas y las empresas para examinar los mecanismos y las políticas existentes en relación con las empresas y los pueblos indígenas y determinar las mejores prácticas*, E/C.19/2011/12, cit., p. 15.

*desvinculación de la misma implica riesgo cierto de una pérdida étnica y cultural irreparable, con la consecuente vacante para la diversidad que tal hecho acarrearía*¹⁰⁶”.

En ese orden de ideas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha manifestado que el reconocimiento del artículo 21 de la Convención¹⁰⁷, debe extenderse a la protección de la relación que las comunidades indígenas tienen con sus territorios tradicionales y recursos naturales que hacen parte de su cultura, así como de los elementos o bienes materiales e inmateriales que surjan de ellos¹⁰⁸. Ha indicado al mismo tiempo que el derecho de propiedad no es absoluto. Cuando los Estados impongan limitaciones a los derechos de propiedad de las tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas, es el caso de concesiones encaminadas a la realización de proyectos de explotación de recursos naturales, deben garantizar que los hechos que puedan limitar o restringir el uso y disfrute de las tierras, territorios y recursos naturales se encuentren determinados por la ley; dicha limitación o restricción debe tener como objetivo un fin legítimo, la finalidad de la restricción debe ser necesaria y proporcional y no puede implicar el desconocimiento de la subsistencia de los pueblos¹⁰⁹. Así sostuvo:

*“Adicionalmente, respecto de las restricciones sobre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales, en especial al uso y goce de las tierras y los recursos naturales que han poseído tradicionalmente, un factor crucial a considerar es también si la restricción implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes*¹¹⁰”.

No obstante lo anterior, en la práctica, el reconocimiento de la propiedad de las tierras, territorios y recursos naturales de las comunidades indígenas no siempre tiene cabida dentro de las políticas estatales. En este aspecto, la Corte Interamericana ha recordado que un reconocimiento abstracto o jurídico no es suficiente para garantizar ese derecho, más aún, cuando no se ha dado lugar a la delimitación física y a la entrega de las tierras como consecuencia de la falta de medidas legislativas de derecho interno

¹⁰⁶ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, cit., párr. 216.

¹⁰⁷ “1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”, ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Convención Americana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1989, art. 21.

¹⁰⁸ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, cit., párr. 137.

¹⁰⁹ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, cit., párr. 127.

¹¹⁰ *Ibid.*, párr. 128.

dirigidas a garantizar no sólo el uso sino el goce efectivo del mismo¹¹¹. Por su parte, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas ha considerado que en algunos eventos a pesar de que los pueblos indígenas poseen títulos legítimos de propiedad de sus tierras, esas tierras son destinadas a concesiones mineras o madereras sin que se dé lugar al procedimiento de consulta previa y mucho menos sin que se pida su consentimiento libre y previo e informado¹¹².

Por otro lado, cabe resaltar que es común que las tierras de los pueblos indígenas puedan afectarse por la creación de reservas que no satisfacen las necesidades de subsistencia de las comunidades o por la división de la propiedad comunal en terrenos individuales¹¹³. Según información registrada en algunos países del mundo, “varias comunidades han sido trasladadas de los parques nacionales en contra de su voluntad, mientras que el desarrollo turístico de algunos países ha causado el desplazamiento de poblaciones indígenas y su creciente empobrecimiento¹¹⁴”. Si bien es cierto que las comunidades indígenas tienen la necesidad de hacer parte de las relaciones de mercado para obtener beneficios, también lo es que tanto la sociedad industrial como las estrategias del mercado han aportado indiscutiblemente al desastre de los pueblos indígenas¹¹⁵. Una experta del Foro permanente indica que:

“los pueblos indígenas del mundo continúan sufriendo serias violaciones de sus derechos humanos, en particular los últimos años se ha visibilizado la constante presión sobre sus tierras por parte de la explotación maderera, minera, hídrica e hidrocarburífera; las industrias agrícolas, pecuarias, pesqueras, de biocombustible, farmacéuticas y cosméticas, pues un factor común de las intervenciones de estas empresas es el desalojo, desplazamiento de sus territorios e inclusive casos de despojo, aprovechando la ubicación geográfica de las comunidades indígenas, los altos índices de analfabetismo y el monolingüismo¹¹⁶”.

¹¹¹ Corte IDH, *Caso Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr.143.

¹¹² FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDIGENAS, *La situación de los pueblos indígenas del mundo*, Departamento de información pública de Naciones Unidas, Enero 2010, p.1.

¹¹³ GRAY, Andrew, *Entre la integridad cultural y la asimilación. Conservación de la biodiversidad y su impacto sobre los pueblos indígenas*, cit., p. 30.

¹¹⁴ FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDIGENAS, *La situación de los pueblos indígenas del mundo*, Departamento de información pública de Naciones Unidas, cit., p. 3.

¹¹⁵ GRAY, Andrew, *Entre la integridad cultural y la asimilación. Conservación de la biodiversidad y su impacto sobre los pueblos indígenas*, cit., p. 42.

¹¹⁶ FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDIGENAS, *Informe consolidado sobre las industrias extractivas y sus efectos sobre los pueblos indígenas*, E/C.19/2013/16, 20 de febrero de 2013, p. 3

Por lo general, se cree que el mercado es un proceso de carácter inalterable, luego los pueblos indígenas se representan como entidades de base comunitaria que al relacionarse con mercados externos dan lugar de forma inmediata a la generación de dinero, a la comercialización de productos¹¹⁷. “De allí que no puede ser considerada como ajena y en principio como perniciosa la economía de afuera, como tampoco pueden los indígenas ser indiferentes ante el tipo de economía que se establezca en una región en la cual están inmersos sus territorios, pues de ese tipo de economía va a depender su propio desarrollo económico o su exterminio. Es un arma de doble filo¹¹⁸”.

Gray explica que los productos que se comercializan en esa economía de mercado son de tres tipos: excedentes de su economía de subsistencia, recursos naturales valiosos, y, mano de obra. Dentro de las nefastas consecuencias que surgen de esa comercialización o del “crecimiento económico” podemos anotar, el impacto que produjo el intercambio de caucho en las comunidades indígenas del Alto Amazonas entre 1894 y 1914¹¹⁹, o las consecuencias que generó la presencia de Texaco en el pueblo Huaorani en la zona amazónica de Ecuador¹²⁰, al igual que la ausencia de control del mercado en zonas donde la economía se ha desarrollado de forma sustentable, y la falta de control por parte de los indígenas de su propio proceso de comercialización¹²¹. Se habla así mismo de invasiones, enfermedades, violencia, pérdida del hogar, traslado a ciudades, pérdida de la identidad personal, pérdida de la identidad cultural, delitos y prostitución, desplazamiento¹²²; a su vez consecuencias ambientales devastadores motivadas por la deforestación¹²³; la erosión de suelos, la disminución de flora y fauna, la destrucción de

¹¹⁷ GRAY, Andrew, *Entre la integridad cultural y la asimilación. Conservación de la biodiversidad y su impacto sobre los pueblos indígenas*, cit., p. 43.

¹¹⁸ JARAMILLO, Efraín, *Indígenas Colombianos y Estado, Desafíos ideológicos y políticos de la multiculturalidad*, cit., p. 41.

¹¹⁹ GRAY, Andrew, *Entre la integridad cultural y la asimilación. Conservación de la biodiversidad y su impacto sobre los pueblos indígenas*, cit., p. 44.

¹²⁰ El caso es relatado brevemente por Berraondo López en *Pueblos Indígenas y recursos naturales bajo el sistema interamericano de derechos humanos, entre la privatización y el ejercicio de los derechos humanos*, cit., p. 146.

¹²¹ GRAY, Andrew, *Entre la integridad cultural y la asimilación. Conservación de la biodiversidad y su impacto sobre los pueblos indígenas*, cit., p. 43-46.

¹²² BURGER, Julián, *Aborígenes para un futuro de los pueblos indígenas*, cit., p. 82.

¹²³ La deforestación ocasiona graves problemas en la vida de las comunidades indígenas que habitan selvas y bosques: “La deforestación separa a los pueblos aborígenes entre sí y de los otros. Origina enfermedades, conflictos, desarraigos, a veces la muerte, (...) Entre algunos grupos de yanomami venezolanos, por ejemplo, el sarampión y la tos ferina, llevados por trabajadores forasteros barrieron a más de un 30% de la población”, *Ibíd.*, p. 88.

diversidad biológica, la disminución o pérdida de recursos naturales para pescar, cazar, recolectar o realizar actividades agropecuarias¹²⁴.

Según la Convención sobre la diversidad biológica aprobada en la Conferencia de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992, los Estados deben propender por el respeto, la preservación y el mantenimiento de los conocimientos y las prácticas de las comunidades indígenas que expresen estilos de vida para la conservación y utilización adecuada y sostenible de la diversidad biológica y también por la promoción de la participación de los pueblos en los beneficios que surjan de las prácticas y conocimientos que comparten de forma equitativa¹²⁵. En este aspecto Gray considera que existen algunas estrategias de conservación de la biodiversidad que pueden contribuir a mantener la relación que predicen estas comunidades con sus tierras¹²⁶. Es el caso de las zonas de protección, dirigidas a que la selva sea sustentable a través del consumo normal de productos que ofrece el medio ambiente- modelo Yellowstone estadounidense¹²⁷-. El intercambio deuda-por naturaleza, que consiste en la reducción o negociación de deudas nacionales a partir de medidas de conservación del medio ambiente, y, las reservas extractivas que aluden a áreas de dominio público ocupado por comunidades sociales que subsisten de la extracción de recursos conforme a un plan preestablecido¹²⁸.

Aunque se trata de prácticas que a largo plazo pueden favorecer a los pueblos indígenas, no serán efectivas a menos que los pueblos tengan completo control sobre ellas, control autónomo en el uso y administración de sus tierras y de sus recursos. En la mayoría de casos, ese control es intervenido por autoridades estatales o agentes

¹²⁴ FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDIGENAS, *Estudio sobre los pueblos indígenas y las empresas para examinar los mecanismos y las políticas existentes en relación con las empresas y los pueblos indígenas y determinar las mejores prácticas*, cit., p. 4.

¹²⁵ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Convenio sobre la diversidad biológica, Conferencia sobre Medio Ambiente y desarrollo*, 5 de junio de 1992, artículo 8, literal j.

¹²⁶ Entre esas estrategias también se encuentra la protección de la propiedad intelectual indígena. Al respecto el autor sostiene: “La dificultad de los derechos de propiedad intelectual para los pueblos indígenas es que hace a estos pueblos doblemente vulnerables. Si se ponen firmes en sus demandas por los derechos de patentar sus conocimientos serían acusados de tratar de limitar un patrimonio mundial y actuar como empresa privada. Además también serían acusados de sucumbir a las tendencias actuales de patentar formas de vida lo que sería desde el punto de vista ético, particularmente difícil para muchos pueblos indígenas. Por otro lado, si no hacen nada sus conocimientos van a ser presa de las compañías multinacionales”, GRAY, Andrew, *Entre la integridad cultural y la asimilación. Conservación de la biodiversidad y su impacto sobre los pueblos indígenas*, cit., p. 61.

¹²⁷ CRAIG, Donna, *Interconexión entre derechos humanos, medio ambiente y pueblos indígenas*, en Revista Arazandi de Derecho Ambiental, No. 12, 2007, p. 41.

¹²⁸ GRAY, Andrew, *Entre la integridad cultural y la asimilación. Conservación de la biodiversidad y su impacto sobre los pueblos indígenas*, cit., p. 38.

económicos externos¹²⁹ que buscan sacar provecho de las riquezas naturales presentes en los territorios indígenas- de 250.000 a 500.000 especies vegetales que existen en el mundo, más del 85% se encuentran en espacios donde habitan pueblos indígenas¹³⁰- a través de la imposición de una idea específica de desarrollo¹³¹, que se concreta en la internacionalización de la economía, y en el incremento de flujo de capitales privados. Esto permite comprender que cuando las prácticas de privatización entienden que la biodiversidad es una especie de mercancía, se tiende a ignorar el papel que ésta juega en los sistemas de vida de las comunidades humanas, a la par, se desconoce que su comercialización puede influir en la destrucción de sociedades tradicionales y básicamente en la vulneración de los derechos humanos de las comunidades étnicas¹³².

Adicionalmente se pierde de vista la responsabilidad que deben asumir las empresas en la protección de los derechos fundamentales de estas poblaciones vulnerables. El Relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, ha indicado que las empresas en virtud de la debida diligencia que les corresponde, deben cumplir con una serie de obligaciones que favorezcan el respeto de los derechos humanos, entre estos, la identificación de las formas propias de tenencia de tierra, territorio y recursos naturales¹³³, porque para los pueblos indígenas:

“La extracción insostenible, la recolección, los modelos de producción y consumo han llevado al cambio climático, la contaminación generalizada y la destrucción del medio ambiente, expulsándonos de nuestras tierras, con el resultado de enormes niveles de pobreza y enfermedad”¹³⁴.

¹²⁹ Conforme señala Mikel Berraondo se trata de trasnacionales que “aprovechan su fuerte poder económico, para incidir en la planificación de las políticas públicas de los Estados, y en los procesos de decisión político internacionales, guiándose únicamente por sus intereses comerciales y económicos, con la tranquilidad que les proporciona el saberse ajenos a la aplicación del derecho y ajenos a las responsabilidades que sí tienen los Estados con respecto a sus habitantes”, BERRAONDO, Mikel, *Pueblos Indígenas y recursos naturales bajo el sistema interamericano de derechos humanos, entre la privatización y el ejercicio de los derechos humanos*, cit., p. 143.

¹³⁰ BURGER, Julián, *Aborígenes para un futuro de los pueblos indígenas*, cit., p. 32.

¹³¹ *Ibíd.*, p. 36-38.

¹³² BERRAONDO, Mikel, *Pueblos Indígenas y recursos naturales bajo el sistema interamericano de derechos humanos, entre la privatización y el ejercicio de los derechos humanos*, cit., p. 150-153.

¹³³ Informe del Relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, *Derechos de los Pueblos Indígenas*, A/66/288, 10 de agosto de 2011, p. 21.

¹³⁴ CONFERENCIA DE NACIONES UNIDAS SOBRE DESARROLLO SOSTENIBLE, *Cumbre Internacional de los Pueblos Indígenas sobre desarrollo sostenible*, Territorio Khoi –San, Kimberley, Sudáfrica, 20-23 de agosto de 2002.

Esto significa que el desarrollo sustentable o el denominado desarrollo sostenible, cuyo principal objetivo es incentivar la reconciliación entre el desarrollo económico y la protección ambiental¹³⁵, no siempre es apropiado desde el marco cultural, ya que los modelos de producción social y los aspectos relativos a la cosmovisión pueden influir en las decisiones que toman los pueblos indígenas desde el punto de vista de la comercialización de sus productos o recursos. Esto ha motivado a los Estados a oponerse al reconocimiento y al ejercicio de derechos territoriales gracias al desarrollo de políticas de agresión que ponen en riesgo la supervivencia de muchas culturas indígenas¹³⁶.

Uno de los aspectos más novedosos y que pueden ser interpretados como alternativa de solución para ese tipo de conflictos territoriales de los pueblos indígenas, es el denominado principio de continuidad, el cual plantea la posibilidad de que el derecho de propiedad tradicional sea inalterable en el tiempo, siempre que la relación única entre pueblos y tierras se mantenga, esto es, siempre que actividades como la caza, la pesca, la práctica de ritos religiosos y el uso de recursos naturales permanezca. Así ha explicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“Por ejemplo, en casos como el presente, en que la relación con la tierra se manifiesta inter alia en las actividades tradicionales de caza, pesca y recolección, sí los indígenas realizan pocas o ninguna de esas actividades tradicionales dentro de las tierras que han perdido, porque se han visto impedidos de hacerlo por causas ajenas a su voluntad que impliquen un obstáculo real de mantener dicha relación, como violencias o amenazas en su contra, se entenderá que el derecho a la recuperación persiste hasta que tales impedimentos desaparezcan¹³⁷”.

En el caso de Colombia, el reconocimiento de derechos territoriales ha provocado en las comunidades étnicas un fenómeno de desterritorialización. La desterritorialización –según señala Berraondo López- es un proceso en el que confluyen cambios políticos, sociales y económicos que transforman progresivamente a las comunidades indígenas hacia la urbanización, y, que afectan tácitamente el reconocimiento jurídico de los territorios indígenas como integradores de sus derechos humanos. El proceso de desterritorialización genera graves cambios en las formas de vida de los pueblos indígenas, debido a que altera principalmente el vínculo de identificación que estos tienen

¹³⁵ GRAIG, Donna, *Interconexión entre derechos humanos, medio ambiente y pueblos indígenas*, cit., p. 32.

¹³⁶ BERRAONDO, Mikel, *Derecho humano al medio ambiente y pueblos indígenas. Dos derechos con un mismo fin*, cit., p.88.

¹³⁷ Corte IDH, *Caso Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay*, cit., párr. 132.

con sus tierras¹³⁸. Pero, no sólo la desterritorialización atenta contra los derechos territoriales y por lo tanto, contra la subsistencia de los pueblos indígenas, también fenómenos como el conflicto armado interno, el narcotráfico, la implementación de megaproyectos sin consulta previa y la militarización permanente (fuerza pública, guerrillas, paramilitares)¹³⁹. La Corte Constitucional de Colombia, en su Auto 009 de 2004, ha explicado que los conflictos que surgen entre los pueblos indígenas de Colombia y sus derechos territoriales, están determinados por los recursos naturales, por el valor estratégico de la tierra a nivel militar, por su valor económico y por la ubicación lejana de los centros urbanos¹⁴⁰. Así como también, porque:

“La titulación formal de tierras y la constitución de resguardos en la práctica no garantizan la posesión material por las comunidades; de hecho sus territorios, sean o no parte de resguardos, son apropiados por grupos armados ilegales, delinquentes/narcotraficantes, colonos, y agentes movidos por intereses económicos. O bien, el conflicto armado ha exacerbado conflictos territoriales preexistentes, en los cuales las partes no indígenas se han aprovechado de, o aliado con, las actividades de los grupos armados ilegales, en detrimento de los grupos étnicos¹⁴¹”.

Esta Corporación ha expresado que dentro de los procesos de carácter económico y social relacionados con el conflicto armado y que afectan los derechos territoriales de los pueblos indígenas se encuentran, en primer lugar, el despojo territorial provocado por agentes que expresan tener intereses económicos sobre las tierras y recursos naturales que son propiedad de las comunidades indígenas y por otros actores (por lo general irregulares) que invaden sus territorios. En segundo lugar, las actividades económicas lícitas o ilícitas que se llevan a cabo en los territorios indígenas, fundamentalmente cultivos ilícitos de coca, desarrollo anormal de actividades de explotación económica (explotación maderera, explotación de monocultivos agroindustriales, minería ilegal); que perjudican los sitios sagrados de las comunidades étnicas, sus prácticas culturales y generan deforestación y cambios ambientales¹⁴². En tercer lugar, las fumigaciones de

¹³⁸ BERRAONDO LÓPEZ, Mikel, *Territorios Indígenas colombianos. Una historia de expolio, desplazamiento y extinción*, en Los Derechos de los Pueblos Indígenas a los recursos naturales y al territorio: conflicto y desafíos en América Latina, Marco Aparicio Wilheimi (Editor), Icaria, Barcelona, 2011, p. 304-305.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 306.

¹⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Auto 009 de 2004*, p. 11.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 11.

¹⁴² En este aspecto, es importante señalar los argumentos que presenta la Corte Constitucional: “Ha de resaltarse que múltiples grupos indígenas han denunciado estrategias de violencia por parte de los actores armados interesados, o bien en la realización directa de megaproyectos agrícolas y de explotación de recursos naturales, o bien en el apoyo a ciertas empresas y actores económicos que desarrollan estos

cultivos ilícitos sin tener en cuenta el derecho de consulta previa, produciendo efectos negativos en los cultivos de pan coger y de subsistencia, ocasionando contaminación de alimentos, contaminación de fuentes de agua, muerte de animales domésticos y problemas respiratorios y dermatológicos entre los miembros de los pueblos indígenas¹⁴³.

Esos factores han incidido en la situación de los pueblos que habitan el departamento de Guaviare. Existen datos a través de los cuales se demuestra que la Agencia Nacional de Hidrocarburos, desde hace ya varios años, mantiene sus intereses de explotar petróleo en los municipios de Puerto Gaitán, Mapiripán, San José del Guaviare¹⁴⁴ y Cumaribo, municipios donde se encuentran los grupos étnicos guahibo, guanano, guayabero y nukak, y, donde se afectarían los resguardos El tigre, Charco Caimán, Caño Jabón, el Unuma y Nukak Makuk¹⁴⁵. Las poblaciones aborígenes de la Amazonia del país también han expresado preocupación por los intentos de algunas empresas que pretenden apropiarse del patrimonio genético de plantas medicinales como el yagé, la albahaca o la ortiga y cuya propiedad intelectual es demandada¹⁴⁶. Conviene señalar que en los eventos en los que pueblos indígenas son considerados propietarios de todos los recursos existentes en sus tierras, incluidos recursos del subsuelo y recursos minerales, la propiedad de esos recursos abarca el derecho a extraerlos y desarrollarlos. A pesar de que el Estado reclame la propiedad de esos recursos porque así lo establece la jurisdicción interna, los pueblos indígenas tienen derecho a extraerlos y desarrollarlos

proyectos, y con los cuales se han asociado para lucrarse con los beneficios de tales actividades. Según se denuncia, aparentemente algunos actores económicos se han aliado con los actores armados irregulares para generar, dentro de las comunidades indígenas, actos de violencia que eliminen o desplacen a los indígenas de sus territorios ancestrales, despejando así el camino para la implementación de estos proyectos productivos. Ello se deriva, esencialmente, de la existencia de intereses comerciales extensivos en los recursos naturales de sus territorios. En algunos lugares del país es claro que se han vinculado los actores del conflicto armado con intereses económicos, vinculación que es una de las principales causas de desplazamiento forzado”, *Ibíd.*, p. 10.

¹⁴³ *Ibíd.*, p. 10.

¹⁴⁴ El caso del pueblo Nukak Makuk ha sido investigado por Survival International. De acuerdo con esta organización: “El informe de la ONIC estima que el número de nukak vivos hoy en día es de 490, un 40% de los cuales viven desplazados de sus territorios tradicionales a las afueras de una localidad llamada San José del Guaviare, en la selva del sudeste de Colombia. En los veinte años que han transcurrido desde el primer contacto continuado de los nukak con foráneos, la mitad de su población ha muerto”, *Los Nukak Makuk, se enfrentan a la extinción, según un informe remitido a la ONU*, en Survival, 31 de julio de 2009, disponible en <http://www.survival.es/noticias/4830>. [Consulta: 10 de agosto de 2013].

¹⁴⁵ HOUGHTON, Juan, Estrategia petrolera en los territorios indígenas en *La Tierra contra la Muerte, Conflictos Territoriales de los Pueblos Indígenas de Colombia*, cit., p. 292.

¹⁴⁶ Informe del Sr. Maurice Glèlè-Ahanhanzo, Relator Especial encargado de examinar la cuestión de las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, *Aplicación del programa de acción para el tercer decenio de la lucha contra el racismo y la discriminación racial*, E/CN.4/1997/71/Add.1, 13 de enero de 1997, p. 21.

de acuerdo con sus propias iniciativas y al menos en las condiciones que el Estado permite hacerlo a otras personas¹⁴⁷.

1.4. El derecho al desarrollo propio o autodesarrollo.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho al desarrollo consagra en su artículo 1:

“El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar del él”¹⁴⁸.

Por su parte, el artículo 2 dispone:

“Todos los seres humanos tienen, individual y colectivamente, la responsabilidad del desarrollo teniendo en cuenta la necesidad de pleno respeto de sus derechos humanos y libertades fundamentales, así como sus deberes para con la comunidad, único ámbito en que se puede asegurar la libre y plena realización del ser humano, y, por consiguiente, deben promover y proteger un orden político, social y económico apropiado para el desarrollo”¹⁴⁹.

De las normas anteriores podemos deducir que el derecho al desarrollo es de naturaleza inalienable, tiene una dimensión individual y colectiva, no sólo es un derecho que se predica de los Estados¹⁵⁰, implica la participación, contribución y beneficio en todos los aspectos que se consideran indispensables para disfrutar de todos los derechos humanos, y, es una de las máximas expresiones del derecho a la libre determinación¹⁵¹. Del mismo modo, denota el hecho consistente en que si bien es cierto que la promoción del derecho al desarrollo corresponde a los Estados mediante la creación de políticas públicas que permitan el crecimiento y bienestar de las personas en su ámbito individual y

¹⁴⁷ Informe del Relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, *Las industrias extractivas y los pueblos indígenas*, A/HRC/24/41, 1 de julio de 2013, p. 5.

¹⁴⁸ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Declaración sobre el derecho al desarrollo*, 4 de diciembre de 1986, artículo 1.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, art.2.

¹⁵⁰ Para profundizar acerca de la evolución del derecho al desarrollo, revisar, GOMEZ ISA, Felipe, *El derecho al desarrollo en el 25 aniversario de la Declaración sobre el derecho al desarrollo*, en *Derechos y Libertades*, Número 26, Época II, enero 2012, p.p. 181-204.

¹⁵¹ TORRECUDRADA GARCIA-LOZANO, María Soledad, *Los Pueblos Indígenas en el orden internacional*, cit., p. 184.

colectivo, también lo es que aunque no mencione a los pueblos indígenas, ese desarrollo debe llevarse a cabo con miras a respetar las formas de vida indígenas¹⁵².

Tanto el derecho a la libre determinación como el derecho al desarrollo permiten el ejercicio de la autonomía de las comunidades indígenas. Los pueblos indígenas están facultados en virtud de la autodeterminación para decidir sobre aquello que consideran puede fortalecer las estrategias de desarrollo al interior de sus colectividades, así como los mecanismos que apliquen para tales efectos. Sin la presencia del derecho a la libre determinación no puede existir desarrollo, éste último depende del primero y al mismo tiempo tiende a preservar la diversidad cultural de estos pueblos. Así pues, tanto el derecho a la libre determinación como el derecho al autodesarrollo interpretado este último como principio de preservación de la diversidad cultural están interconectados, son complementarios¹⁵³. Al respecto el Relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas ha expresado:

“La libre determinación en el proceso de desarrollo es una cuestión de dignidad humana básica, para los pueblos indígenas como para los demás. Se ha demostrado también que promover la libre determinación de los indígenas favorece la obtención de buenos resultados en la práctica, y se ha observado que los pueblos indígenas que toman sus propias decisiones en materia de desarrollo están siempre en mejor situación que los que no lo hacen”¹⁵⁴.

La relación que existe entre el derecho de libre determinación y el derecho al desarrollo nos permite comprender que el modelo de desarrollo que ha sido impuesto a los pueblos indígenas, consistente en propuestas a nivel económico, social y cultural para integrarlos a los Estados nacionales con el objetivo de mejorar sus tradicionales modos de producción y estructuras sociales, ha surgido de prácticas capitalistas y modernizadoras encaminadas a lograr el “desarrollo nacional”¹⁵⁵, en palabras de Oliva conducidas a

¹⁵² GOMEZ ISA, Felipe, *Los pueblos indígenas como sujetos del derecho al desarrollo*, en *Pueblos Indígenas y derechos humanos*, cit., p. 464-465.

¹⁵³ OLIVA, Daniel, *Los Pueblos Indígenas a la conquista de sus derechos. Fundamentos, contextos formativos y normas de Derecho Internacional*, cit., p. 782-783.

¹⁵⁴ Informe provisional del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, *Situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, A/65/264, 9 de agosto de 2010, p. 11.

¹⁵⁵ KEMPF, Isabell, *Programa de Reducción de la pobreza para los pueblos indígenas: porque se necesita un enfoque basado en los derechos*, en *Caminos hacia el reconocimiento: pueblos indígenas, derechos y pluralismo*, cit., p. 302.

alcanzar un economicismo desarrollista¹⁵⁶ de carácter netamente individualista. La situación de integración supone una supremacía de los elementos que corresponden a una cultura apropiada, sobre los elementos de la cultura impuesta, así como de la cultura enajenada y la cultura autónoma, mientras que “el etnodesarrollo se expresaría en la supremacía de los elementos inscritos en el ámbito de la cultura propia (autónoma y apropiada), por sobre la cultura impuesta y la cultura enajenada¹⁵⁷”.

Este modelo se origina en un pensamiento económico ajeno a las prioridades de las comunidades indígenas, o en un paradigma dominante que considera a estos pueblos como primitivos, retrasados o incivilizados, que deben llegar al mundo civilizado para alcanzar su desarrollo, y que comprende que los valores culturales de los pueblos indígenas son contrarios a la acumulación de beneficios, la competitividad o el consumo excesivo, que los concibe como obstáculos para el avance porque sus tierras y territorios poseen abundantes recursos que ellos no están dispuestos a comercializar¹⁵⁸. Debido a que su fin principal es beneficiar a las grandes economías de mercado, pues evidentemente se caracteriza por no tener en cuenta la participación activa y efectiva de los miembros de las comunidades étnicas, y mucho menos sus tradiciones, diversidad cultural o reivindicación de autonomía. Se trata de un modelo que desconoce además, que el fin de la protección de los derechos humanos en el marco del derecho al desarrollo debe ir aunado a la participación y empoderamiento de los grupos vulnerables o que se encuentran en situaciones de marginalidad¹⁵⁹. La participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones que conciernen a su proceso de desarrollo, está influida- entre otros- por factores financieros que impiden que puedan acceder a servicios de salud o de educación¹⁶⁰.

¹⁵⁶ OLIVA, DANIEL, *La cooperación internacional con los pueblos indígenas, desarrollo y derechos humanos*, Cideal, Madrid, 2005, p. 258.

¹⁵⁷ ZUÑIGA, Gerardo, *El etnodesarrollo: un enfoque de problematización acerca del desarrollo Indígena*, en Tierra, Territorio y Desarrollo Indígena, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, Temuco-Chile, p. 141-152., citado en *El enfoque del etnodesarrollo y la teoría del control cultural*, en Debates sobre desarrollo: La visión de la ONU y la cooperación internacional, Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y El Caribe, La Paz, 2007, p. 100.

¹⁵⁸ FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDIGENAS, *Los pueblos indígenas: desarrollo con cultura e identidad – Artículos 3 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, en Los Pueblos Indígenas en sus propias voces, (s.l.), p. 1.

¹⁵⁹ OLIVA, Daniel, *El derecho al desarrollo de los Pueblos Indígenas; la evolución conceptual y su inclusión en la Declaración de Naciones Unidas*, en Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas: hacia un mundo intercultural sostenible, cit., p. 234-235.

¹⁶⁰ KEMPF, Isabell, *Programa de Reducción de la pobreza para los pueblos indígenas: porque se necesita un enfoque basado en los derechos*, en Caminos hacia el reconocimiento: pueblos indígenas, derechos y pluralismo, cit., p. 311.

En ese orden, los pueblos indígenas no siempre resultan ser beneficiarios del derecho al desarrollo. Conforme señala la Organización Internacional del Trabajo las actividades extractivas, de explotación minera, forestal y la construcción de infraestructura además de la ausencia de procesos de consulta previa, alientan el crecimiento económico de sectores específicos de la sociedad, haciendo que las consecuencias para sus comunidades sean desalentadores. Habitualmente, los pueblos indígenas son despojados o desplazados de sus tierras, de sus medios de vida, sufren pobreza y son marginados en los procesos de creación de estrategias para lograr el desarrollo y acceder a recursos que les permitan terminar con su pobreza¹⁶¹. Los daños -por ejemplo- que pueden provocarse a las zonas, áreas o espacios físicos tradicionales indígenas como consecuencia de la proliferación de actividades de explotación económica causan efectos de deterioro ambiental intenso y desintegración comunitaria de estos colectivos. Las graves consecuencias que se pueden generar a causa de la implementación de actividades de construcción, explotación o exploración afectan de igual manera a sectores de población indígena más vulnerables: niños, niñas, mujeres y ancianos¹⁶².

El derecho al desarrollo supone el bienestar social de los pueblos indígenas, en concreto el reconocimiento de las necesidades relacionadas con educación, salud, vivienda o empleo. Sin embargo, “los esfuerzos para integrar a los pueblos indígenas a la sociedad dominante han ayudado a identificar las necesidades universales de estos pueblos pero, en muchas ocasiones, se ha recurrido a elementos uniformes, lo que conlleva una respuesta inadecuada a las necesidades de la pobreza indígena¹⁶³”.

Desde la visión indígena, el bienestar social junto al derecho al desarrollo, busca reorientar las relaciones entre pueblos indígenas y Estado, desde el punto de vista de la autonomía y del derecho a la libre determinación, permite definir su propio desarrollo económico, social y cultural; gracias a éste se favorece su progreso debido a que se presenta como una vertiente de valoración positiva de las características de la cultura indígena y la de otras culturas evitando atentar contra la identidad cultural¹⁶⁴. En ese

¹⁶¹ OIT, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica*. Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT, Programa para promover el Convenio No. 169 de la OIT, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009, p. 118.

¹⁶² CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, cit., párr. 171.

¹⁶³ KEMPF, Isabell, *Programa de Reducción de la pobreza para los pueblos indígenas: porque se necesita un enfoque basado en los derechos*, cit., p. 298.

¹⁶⁴ OLIVA, Daniel, *El derecho al desarrollo de los Pueblos Indígenas; la evolución conceptual y su inclusión en la Declaración de Naciones Unidas*, cit., p. 239.

sentido, el autodesarrollo o etnodesarrollo es definido por Oliva como un modelo alternativo que permite mejorar la calidad de vida de los pueblos indígenas, promoviendo la conservación de su diversidad cultural. Se concibe como un proceso democrático en el que intervienen directamente los sujetos del desarrollo con el fin de hacer uso de sus propios recursos y capacidades. El desarrollo propio no puede equipararse a autarquía o aislamiento, sino que debe interpretarse como un desarrollo equilibrado que abre las puertas a la interculturalidad, al respeto y al reconocimiento de la diversidad cultural. Eso quiere decir que a través del etnodesarrollo los pueblos indígenas aspiran a que sus sociedades tradicionales avancen desde su propia realidad cultural, convirtiéndose la cultura en la base fundamental de ese desarrollo. La cultura se erige como una posibilidad creativa, una herramienta que incentiva el desarrollo humano, esto es, el crecimiento económico y la reducción de la pobreza, pero también como una estrategia frente al desarrollo o subdesarrollo impuesto y, como un instrumento para facilitar la vida digna de los pueblos indígenas¹⁶⁵. Los pueblos indígenas pueden ejercerlo a través de dos vertientes básicas: el control que tienen sobre sus tierras, territorios y recursos naturales y la necesidad de conservar y preservar su identidad y patrimonio cultural.¹⁶⁶

En opinión de este autor, este derecho contempla variantes específicas. Acoge la diversidad cultural y por lo tanto la identidad cultural como un elemento esencial al momento de realizar propuestas de desarrollo para las comunidades étnicas. Integra el poder de decisión acerca del desarrollo que se pretende alcanzar. Dicho desarrollo no puede ser comprendido como un proceso uniforme o lineal, cuyo origen radica en el mundo occidental, sino que alberga el derecho a determinar las formas de su propio modelo de desarrollo. Incorpora la participación y el control de los miembros de cada pueblo. No implica necesariamente el desarrollo económico, el acceso a bienes o servicios, o la satisfacción de las necesidades básicas, pretende garantizar un modo de vida sostenible, respetuoso de las características individuales y colectivas de los miembros y de las comunidades, sobre todo en el ámbito de sus tradiciones, saberes y conexión con la naturaleza. Sin duda, se trata de un derecho de titularidad colectiva, puesto que el beneficiario directo es la comunidad, toda vez que fortalece los valores de reciprocidad y solidaridad entre sus integrantes¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Ibid., p. 240-243.

¹⁶⁶ Ibid., p. 250-251.

¹⁶⁷ Ibid., p. 254-256.

En otras palabras, la concepción de autodesarrollo integra un concepto de cultura que se constituye como el pilar fundamental del progreso, concibe la tradición como una potencialidad, la diversidad como un elemento que asegura el desarrollo plural. Comprende un desarrollo autónomo a nivel social, cultural, político, económico y participativo. Acoge a la comunidad como un sujeto de desarrollo, a los pueblos indígenas como los sujetos que determinan ese desarrollo. Tiene en cuenta los derechos individuales de las personas indígenas y los derechos colectivos de los pueblos. Aloja un criterio de conservación e integración de la biodiversidad¹⁶⁸. En definitiva:

“El etnodesarrollo va más allá de aquello que se denomina indigenismo de participación, no sólo se plantea tomar en cuenta la opinión y las aspiraciones de los pueblos indios, sino que sostiene que son ellos –y únicamente ellos– quienes deben tomar las riendas de su propio destino¹⁶⁹”.

De acuerdo con el artículo 23 de la Declaración de Naciones Unidas de 2007, los pueblos indígenas:

“Tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones¹⁷⁰”.

Desde la postura de Kempf, el proceso de desarrollo de los pueblos indígenas debe tener en cuenta los siguientes elementos: los servicios sociales y la infraestructura suministrada por el Estado para satisfacer necesidades básicas, proporcionar propiedad de los recursos, control de las actividades productivas, acceso a los recursos públicos y privados para ser utilizados autónomamente, participación equitativa en la economía y en la adopción de decisiones en el ámbito nacional, creación de una base económica y política que permita la generación de un proceso de desarrollo auto determinado¹⁷¹. De acuerdo con la autora, el acceso y control que puedan asumir los pueblos indígenas,

¹⁶⁸ OLIVA, Daniel, *La cooperación internacional con los pueblos indígenas, desarrollo y derechos humanos*, cit., p. 209.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 213.

¹⁷⁰ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas*, cit., art. 23.

¹⁷¹ KEMPF, Isabell, *Programa de Reducción de la pobreza para los pueblos indígenas: porque se necesita un enfoque basado en los derechos*, cit., p. 313.

permitirá que se otorgue un status legal a sus comunidades, reconocimiento de sus leyes y derecho ancestral sobre sus tierras y recursos, control sobre sus territorios originarios, creación de acciones afirmativas para garantizar una representación igualitaria en los organismos encargados de la toma de decisiones, equilibrada distribución de los beneficios que devienen del crecimiento económico y en consecuencia autonomía interna y autodeterminación¹⁷².

Los pueblos indígenas basan el concepto de desarrollo en una filosofía holística que contempla los valores de solidaridad, reciprocidad, equilibrio y colectividad, e interacción del hombre con su mundo natural. Se fundamenta en la preservación de su cultura e identidad a partir del ejercicio de derechos colectivos como el control y autogobierno de sus tierras, territorios y recursos. Tiene como base el respeto a sus antepasados, comprende sistemas sociales, políticos y también espirituales. Desde su cosmovisión, el bienestar incluye actores económicos colectivos e instituciones de la comunidad, el gobierno indígena, la noción de producción enfocada al mejoramiento de la calidad de vida de sus miembros, el desarrollo para estar en armonía con la madre naturaleza y el reconocimiento de las instituciones indígenas relativas a su conocimiento ancestral¹⁷³. Dicho concepto de desarrollo propio está ligado a la noción de buen vivir. Según Mirna Cunningham,

“El buen vivir se refiere al derecho de los recursos provenientes de territorios indígenas ejerciendo el derecho al control y administración de esos recursos. La relación estrecha de los pueblos indígenas con la madre naturaleza es a partir de la dualidad y la complementación entre todos los elementos que componen su cosmovisión, incluyendo mujeres y hombres. Existe una dialéctica de oposición dual, complementaria, por la cual las partes restablecen el mundo social y natural e incluso el universo simbólico”¹⁷⁴.

Los pueblos indígenas, particularmente los de la Amazonía, consideran que el desarrollo indígena autónomo y por lo tanto el buen vivir, comporta¹⁷⁵:

¹⁷² Ibid., p. 321.

¹⁷³ FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDIGENAS, *Los pueblos indígenas: desarrollo con cultura e identidad – Artículos 3 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, cit., p. 2.

¹⁷⁴ CUNNINGHAM, Mirna, *Acerca del buen vivir de los pueblos indígenas en Latinoamérica*, en Desarrollo y Derecho consuetudinario, Asuntos Indígenas, IWGIA, Copenhague, 2010, p. 53.

¹⁷⁵ MUGARIK, Gabe, *Pueblos Indígenas: Nuestra visión del desarrollo*, Icaria, Madrid, 1995, p. 23-38.

-Una política de derechos humanos y colectivos. A través de ella, buscan que se respeten todos sus derechos humanos, su autodeterminación, formas de vida, normas consuetudinarias, organización política y social, personalidad jurídica de sus instituciones y organizaciones representativas.

- Una política territorial. Representada en el control seguro y efectivo de sus territorios y en la importancia de la relación vital que tienen con los mismos; así como el derecho a la unidad y continuidad de sus territorios ancestrales incluido el suelo, subsuelo, aire, agua y lugares sagrados.

- Una política de autodesarrollo. Comprende el derecho a ser informados, consultados previamente y a participar en la toma de decisiones sobre políticas o legislación y a intervenir en la formulación, realización y evaluación de proyectos de desarrollo a nivel nacional o local y que afecten directa o indirectamente su futuro. Además implica el derecho a intervenir en concesiones mineras o forestales en sus territorios cuando no se haya presentado consentimiento por parte de sus organizaciones representativas. En el caso de políticas mineras supone el derecho de garantizar su propio manejo racional y equilibrado con la naturaleza. Por otra parte, la reorientación del proceso de desarrollo para fomentar iniciativas locales impulsadas por las mismas comunidades indígenas antes que por grandes empresas¹⁷⁶.

-Una política forestal. Encaminada a incentivar la protección de los bosques naturales y las tierras degradadas, a través de la incorporación de estrategias de conservación forestal que respeten el modo de vida indígena ligado a los bosques.

-Una política de salud, educación y cultura. Dirigida a impulsar los sistemas de salud indígena y su medicina tradicional, el fomento de la educación plurilingüe intercultural a partir de la revalorización de las creencias, tradiciones religiosas, costumbres y conocimientos indígenas y por consiguiente la preservación de su identidad cultural.

¹⁷⁶ Esta política está estrechamente relacionada con las disposiciones consagradas en el Convenio 169 de la OIT, según las cuales: " En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades", ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, cit., art. 15, núm. 2.

- Una política sobre biodiversidad. Conducida a promover la conservación de los recursos naturales, sus territorios y medio ambiente, al igual que sus recursos biogenéticos y conocimiento ancestral.

- Una política sobre derechos de propiedad intelectual y cultural. Orientada a la protección de las herencias culturales tradicionales de naturaleza y origen colectivo, que son aprovechadas por la comunidad y que difieren de la propiedad individual y privada.

Ahora bien, el Convenio 169 de la OIT consagra en su artículo 7:

“Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultura¹⁷⁷”.

Cuando no se incluyen las aspiraciones y pretensiones propias de los pueblos indígenas al momento de decidir sobre estrategias y planes de desarrollo, puede presentarse la posibilidad de que su situación de pobreza, marginación y atraso se torne más grave. Así, el derecho al desarrollo de los pueblos indígenas tendrá que estar conducido a lograr el control de su propio progreso social y cultural, a partir de sus instituciones e iniciativas propias. Deberá comprender el derecho a participar y a ser consultados previamente en los planes y programas de su ámbito regional y nacional observándose en todo caso sus valores culturales, tradiciones y necesidades. Igualmente, abarcará la exigencia de efectuar estudios para evaluar las consecuencias sociales, culturales y ambientales de las actividades que se buscan emprender en sus territorios. Todos los proyectos que quieran ser implementados en nombre del desarrollo, tendrán que estar dirigidos a optimizar las condiciones sociales y económicas de los pueblos indígenas. En ese orden de ideas, los derechos a la propiedad, uso y posesión de sus tierras, territorios y recursos naturales, deberán ser protegidos legalmente de modo que aseguren simultáneamente el desarrollo según sus propios intereses y necesidades¹⁷⁸.

¹⁷⁷ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, cit., art. 7.

¹⁷⁸ OIT, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica*. Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT, cit., p. 119.

Capítulo II. El derecho a la consulta previa en el Derecho Internacional.

“Nuestra ley no está escrita en el papel; nuestra ley está escrita en la tierra, en el aire, en el agua, en las plantas, en cada animal; por eso nuestra ley se conoce y se lee con la espiritualidad U’wa”¹⁷⁹.

2.1. ¿En qué consiste el derecho a la consulta previa?

Las reivindicaciones de los pueblos indígenas en torno a la consulta previa se cristalizan en los derechos a ser informados y consultados sobre aquello que pueda llegar a generarles algún tipo de impacto a nivel individual, colectivo, material o simbólico¹⁸⁰, además de la necesidad de fomentar su participación en los procesos relativos a la ejecución de medidas legislativas, administrativas, planes o proyectos industriales, extractivos o de exploración de sus recursos naturales en sus tierras y territorios¹⁸¹. Según el Relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, el deber que tienen los Estados de dar lugar a la celebración de consultas surge del derecho base de los pueblos indígenas: la libre determinación, y de los principios de democracia y soberanía popular, -agregaría también del ejercicio de los derechos a la tierra, territorios, recursos naturales, autodesarrollo, participación y consentimiento libre e informado- .

En otros términos, está relacionado con las pretensiones de los pueblos indígenas alusivas a la determinación de su propio destino en condiciones de igualdad y de participación activa en las decisiones que los afectan. Dicho deber tiene como fin clausurar el modelo histórico de exclusión que ha tenido lugar en el ámbito de participación y adopción de decisiones importantes en las que los pueblos indígenas no han tenido la oportunidad de ser actores dinámicos, imposibilitándose de esa forma su

¹⁷⁹ OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Voces y palabras mayores de los pueblos étnicos de Colombia sobre el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado*, Documento de Trabajo, Abril 2013, [s.l.], p. 26.

¹⁸⁰ ORGANIZACIÓN NACIONAL INDIGENA DE COLOMBIA (ONIC), *El derecho fundamental a la consulta previa de los Pueblos Indígenas en Colombia*, Organización Nacional Indígena de Colombia, Bogotá D.C., 2011, p. 24.

¹⁸¹ Al respecto el Relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas manifiesta: “Las actividades de las industrias extractivas producen efectos que a menudo violan los derechos de los pueblos indígenas. Los organismos públicos y las empresas privadas que participan en la extracción o explotación de recursos naturales, tanto en los países en desarrollo como en los desarrollados, han contribuido a causar esos efectos. Hay que señalar que algunos gobiernos han intentado mitigar los efectos negativos de las operaciones de extracción, aunque los derechos humanos siguen siendo violados como resultado de la creciente demanda de recursos y de energía”, Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, *Industrias extractivas, que realizan operaciones dentro de territorios indígenas o en proximidad de ellos*, A/HRC/18/35, 11 de julio de 2011, p. 9-10.

desarrollo como comunidades diversas en las tierras a las que están vinculados culturalmente. El mentado deber de consultas tiene como fundamento la necesidad del reconocimiento de derechos específicos para los pueblos indígenas, el fortalecimiento de sus características distintivas y la urgencia de acoger medidas especiales conducidas a combatir su estado de vulnerabilidad¹⁸².

Conviene recordar que para los pueblos indígenas la reivindicación territorial debe atravesar por dos dimensiones: el espacio y los procesos. El espacio se expresa en la demanda por el uso, el goce y el manejo de los recursos naturales. Los procesos se definen en el control de los órdenes político, económico, social y cultural; entre esos procesos, se encuentra la consulta previa, dirigida en algún punto a asegurar la reproducción y continuidad material y cultural del grupo, siempre y cuando se lleve a cabo conforme a su normativa ancestral¹⁸³.

El Relator sobre los derechos de los pueblos indígenas, sostiene que el derecho a la consulta previa, es aplicable siempre que una decisión pueda afectar a los pueblos indígenas en forma distinta a la que ésta puede ser concebida por otros grupos sociales, especialmente cuando está relacionada con los intereses superiores y las condiciones específicas de sus comunidades a nivel territorial, social y cultural, incluidos en algunos eventos las decisiones atinentes a leyes que puedan perjudicar sus tradicionales modos de vida¹⁸⁴. La sentencia T-129 de 2011, de la Corte Constitucional de Colombia reafirma ese criterio al afirmar,

“Lo que está de por medio no es sólo la expectativa de recibir ciertos beneficios económicos por un proyecto económico, sino entender y reconocer que lo que está en juego es el presente y futuro de un pueblo, de un grupo humano que tiene derecho a autodeterminarse y defender su existencia física y cultural por absurdas y exóticas que para algunos puedan parecer sus costumbres y modos de vida”¹⁸⁵.

En ciertos supuestos, la consulta no puede limitarse a las situaciones en las que una medida probablemente afecte un derecho que ha sido reconocido por una norma o

¹⁸² Informe del Relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, A/66/288, 10 de agosto de 2011, p. 17.

¹⁸³ BERRAONDO, Mikel, *Tierras y Territorios como elementos sustantivos del derecho humano al medio ambiente* cit., p. 484.

¹⁸⁴ Informe del Relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, p. 16.

¹⁸⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia T- 129 de 2011*, p. 75.

que haya surgido de un contrato. No siempre es necesario que los derechos que estén en juego en el proceso de consulta estén consagrados en el derecho interno, porque el deber de celebrar consultas con los pueblos indígenas surge cuando sus intereses particulares se exponen a alguna clase de trasgresión, incluso cuando tales intereses no corresponden a un derecho legalmente reconocido¹⁸⁶.

Al respecto, el Consejo de Administración de la OIT, destacó que el concepto de consulta previa consagrado en el artículo 6 del Convenio, debe desarrollarse de conformidad con el artículo 2 del mismo, debido a que es obligación del Estado realizar acciones coordinadas y sistemáticas con los pueblos indígenas con el fin de proteger sus derechos humanos, asegurar el respeto de su integridad cultural y la efectividad de sus derechos sociales, económicos y culturales, tratando de preservar su identidad social y cultural, así como sus costumbres, tradiciones e instituciones. En ese sentido, asevera que el derecho a la consulta en el ámbito de medidas legislativas o administrativas que menoscaben sus derechos, al igual que la obligación de consultarlos previamente por parte del Gobierno, emana directamente del Convenio No. 169 y no precisamente de que el derecho haya sido reconocido por la legislación nacional¹⁸⁷.

De acuerdo con Salinas, el derecho a la consulta previa es de naturaleza dual. Por una parte, se trata de un derecho de naturaleza procesal en la medida que se contempla como un requisito de procedibilidad que debe ser anterior a la realización de cualquier acto que incida o pueda incidir en los territorios indígenas y en su identidad cultural. Por otra, es un derecho sustantivo pues a través de él, los pueblos indígenas acceden a la información sobre el desarrollo y a la ejecución de todo aquello que puede generar consecuencias positivas o negativas en sus comunidades, incluidos los casos en los que se considera que las medidas benefician a los pueblos en general¹⁸⁸. En este aspecto es preciso señalar que el derecho a la consulta previa no puede limitarse a cumplir ciertos requisitos de forma y que aunque en ciertos eventos el consentimiento de los pueblos indígenas no sea necesario, el Estado debe tener en cuenta los resultados de la consulta

¹⁸⁶ Informe del Relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*, cit., p. 17.

¹⁸⁷ OIT, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica*. Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT, cit., p. 65-66.

¹⁸⁸ SALINAS ALVARADO, Carlos, *La consulta previa como requisito obligatorio dentro de los trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia*, en *Revista de Estado* No. 27, julio-diciembre 2011, p. 238.

previa y motivar razonablemente su decisión cuando los haya omitido¹⁸⁹. Para la Organización Nacional Indígena de Colombia,

“La consulta previa no debe ser vista por el gobierno como un requisito para aprobar una medida determinada. Por ello, no debe hacerse como una formalidad. En la consulta libre, previa e informada debe haber esfuerzos por realizar un verdadero diálogo intercultural que busque llegar a acuerdos, superar las desigualdades de las partes, al menos en términos de información, asesoría técnica y recursos jurídicos, y respetar las visiones de desarrollo de los pueblos indígenas¹⁹⁰”.

En ese orden de ideas, la Organización Internacional del Trabajo considera que la consulta es una forma de diálogo que tiene por objeto la armonización de intereses que se contraponen, de manera que ayuda a evitar y resolver conflictos entre los sujetos participantes. Cuando se interrelacionan los derechos de consulta y de participación, la consulta no puede equipararse a un derecho - reacción, sino a un derecho - proposición; esa vertiente propositiva del derecho de consulta previa permite a los pueblos indígenas ejercer sus derechos a decidir acerca de las prioridades de su propio proceso de desarrollo y a tener pleno control sobre su vida económica, social y cultural y por consiguiente a conservar su diversidad e identidad cultural¹⁹¹.

Es importante mencionar que el proceso de consulta puede variar de acuerdo con la naturaleza de la medida que se propone y por supuesto del impacto que produce sobre los pueblos indígenas. En efecto, si hablamos de una medida relativa a una reforma constitucional o legal que involucre a todas las comunidades indígenas o a algunas de un país, es necesario que se realicen procesos consultivos y de carácter representativo adecuados y abiertos a todos y cada uno de los pueblos indígenas que puedan verse desfavorecidos con la propuesta; mientras que si se trata de medidas relacionadas con la extracción de recursos naturales en sus territorios, conviene adelantar mecanismos de consulta encaminados a asegurar la participación efectiva de las comunidades que

¹⁸⁹ CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, cit., párr. 285.

¹⁹⁰ ORGANIZACIÓN NACIONAL INDIGENA DE COLOMBIA (ONIC), *Tejiendo derechos. La consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Organización Nacional Indígena de Colombia, Bogotá D.C., 2011, p. 38.

¹⁹¹ OIT, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica*. Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT, cit., p. 60.

directamente serán perjudicadas para incentivar la protección de sus intereses fundamentales¹⁹².

La realización de los procesos de consulta compete a los Estados y no a otros actores como por ejemplo las empresas que pretenden obtener un contrato de inversión o una concesión, porque este tipo de entidades, por lo general, omiten los principios que rigen el derecho a la consulta previa y además porque su objetivo principal es adquirir capital para seguir invirtiendo, más no desarrollar el procedimiento en un marco adecuado de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que,

*“En muchos de los países que forman parte del sistema interamericano, se ha transferido la responsabilidad estatal de desarrollar la consulta previa a empresas privadas, generando una privatización de facto de la responsabilidad del Estado. Los procesos de negociación resultantes con las comunidades locales, así, con frecuencia no toman en consideración un marco de derechos humanos, porque los actores corporativos son, por definición, entidades no imparciales que buscan generar ganancias.”*¹⁹³.

El objeto del proceso de consulta es definido por la naturaleza del derecho o del interés que se debata a causa de la medida propuesta. Evidentemente el objetivo de obtener el consentimiento dependerá también de los intereses y los derechos que entren en conflicto. Por ejemplo, si la integridad física y cultural de los pueblos indígenas corre riesgo, la consecuencia directa del proceso de consulta será el consentimiento de los pueblos. Si no existe consentimiento se puede prohibir la medida¹⁹⁴. En opinión de Padilla, como la consulta hace parte del derecho a la libre determinación y es concebida como un derecho más no como una obligación, cuando un pueblo indígena manifiesta que no dará su consentimiento y que se abstendrá de participar en un procedimiento para obtener un acuerdo, el Estado no puede imponérsela¹⁹⁵. Esto permite inferir que en los eventos en

¹⁹² Informe del Relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, A/66/288, cit., p. 18.

¹⁹³ CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, cit., párr. 291.

¹⁹⁴ Informe del Relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, A/66/288, cit., p. 18.

¹⁹⁵ Puede ocurrir que los pueblos indígenas decidan “no iniciar un proceso de consulta cuando consideran que no existen las garantías para una consulta libre y autónoma. Cuando se verifique que no existe libertad para decidir la consulta no se aplica hasta cuando el mismo pueblo y sus autoridades consideren superada la situación. Por ejemplo pueden decidir no proceder con un proceso de consulta si en el territorio se presentan situaciones de conflicto y violencia. También tienen la facultad de suspender el proceso cuando no haya garantías de seguridad y autonomía”, OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Voces y palabras mayores de los pueblos étnicos de Colombia sobre el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado*, cit., p. 52.

los que los pueblos indígenas rechazan alguna medida porque estiman que los lesiona gravemente, ejercen su derecho a la libre determinación y no lo que se suele denominar como derecho al veto¹⁹⁶.

“En todos los casos en que una medida propuesta afecte los intereses particulares de los pueblos indígenas, la obtención de su consentimiento deberá ser, en cierta medida, una finalidad de las consultas. Como se ha afirmado, esta exigencia no confiere a los pueblos indígenas un “poder de veto” sino que, más bien, establece la necesidad de elaborar procedimientos de consulta con el fin de hacer todo lo posible por lograr el consenso de todas las partes interesadas¹⁹⁷”.

Tanto el derecho a la consulta como el derecho al consentimiento impiden que los pueblos indígenas impongan unilateralmente su voluntad a los Estados que actúan en virtud del interés público -aunque en la práctica sus acciones estén ligadas a coadyuvar los intereses de sectores económicos privados-. Dichos principios se dirigen a evitar que una parte se imponga sobre la otra, lo que pretenden es alcanzar un entendimiento mutuo para que se puedan adoptar decisiones gracias a un legítimo consenso¹⁹⁸. La Organización Nacional Indígena de Colombia, respalda dichos argumentos al manifestar que ante la presencia de un proyecto o una medida que implique a los pueblos indígenas debe prevalecer su pervivencia, principalmente en escenarios de riesgo de exterminio físico y cultural¹⁹⁹. Lo anterior, porque solamente los pueblos nativos, son los que saben cuales serán los riesgos que una medida puede ocasionar en su vida, en sus formas culturales, en su organización económica, social y política, en sus sistemas propios de producción y en consecuencia en su plan de vida oral y escrito. Por esa razón quienes tienen la facultad de determinar cuando su pervivencia se expone a un riesgo son los propios pueblos indígenas²⁰⁰.

“Por consiguiente, lo que se pone de relieve es la necesidad de que las consultas sean negociaciones encaminadas a convenir en medidas mutuamente aceptables para

¹⁹⁶ PADILLA, Guillermo, *Consulta previa en Colombia y sus desarrollos jurisprudenciales. Una lectura desde los pueblos indígenas, las empresas y el Estado*, en *El derecho a la consulta previa de los Pueblos Indígenas en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung, La Paz, 2012, p. 94.

¹⁹⁷ Informe del Relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*, cit., p. 18.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 19.

¹⁹⁹ ORGANIZACIÓN NACIONAL INDIGENA DE COLOMBIA (ONIC), *El derecho fundamental a la consulta previa de los Pueblos Indígenas en Colombia*, cit., p. 17.

²⁰⁰ ORGANIZACIÓN NACIONAL INDIGENA DE COLOMBIA (ONIC), *Tejiendo derechos. La consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado*, cit., p. 20.

*las cuales den su consentimiento los pueblos indígenas antes de que se adopten las decisiones correspondientes*²⁰¹”.

Para el Relator, la consulta y el consentimiento no son un fin en sí mismo, no son derechos independientes, son por el contrario interpretados como una unidad. Tanto el principio de consulta como el de consentimiento conforman en conjunto una norma de naturaleza especial que resguarda el ejercicio de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y se consolida como un medio para garantizar su efectiva protección. Es una norma que complementa y ayuda a conseguir efectividad de esos derechos sustantivos, esto es, del derecho a la propiedad, sobre todo cuando se trata de la explotación y la exploración de recursos naturales, del derecho a la cultura, a la religión, la prohibición de la discriminación, del derecho a la salud, al bienestar físico, al medio ambiente sano, y del derecho a determinar sus propias prioridades para el proceso de desarrollo²⁰².

A pesar de que la comprensión del alcance de la consulta previa y el consentimiento parecen ser suficientes para la protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, no podemos evitar hablar también de otras medidas de salvaguarda que están conectados con dichos principios, tales son los casos referentes al establecimiento de medidas de mitigación que ayuden a reducir los efectos que vulneren los derechos antes mencionados, la distribución de beneficios y claramente el pago de indemnizaciones bajo los criterios señalados por las normas internacionales.

*“Todas estas salvaguardias, entre las que se incluye el deber del Estado de celebrar consultas, son expresiones concretas de un criterio de precaución que debe orientar la adopción de decisiones sobre cualquier medida que pueda afectar los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos, así como otros derechos que sean fundamentales para su supervivencia*²⁰³”.

De lo anterior se deduce que es necesario incentivar la promoción de otras medidas que fortalezcan el ejercicio del derecho de consulta y por ende la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas que la sustentan, especialmente el

²⁰¹ MECANISMO DE EXPERTOS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS, *Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*, cit., p. 22.

²⁰² Informe del relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, A/HRC/21/47, 6 de julio de 2012, p. 14.

²⁰³ *Ibid.*, p. 15.

reconocimiento de su derecho a participar equilibradamente en las decisiones que puedan afectarlos.

2.2. ¿Cuáles son los principios que la rigen?

El derecho a la consulta está determinado por unos principios que son interpretados como aquellas directrices cuya aplicación proporciona los elementos necesarios para proteger la diversidad cultural y la integridad de las comunidades étnicas. En ese orden, conviene afirmar que para que el derecho a la consulta sea realmente efectivo, en primer lugar, los Estados deben saber respetar y garantizar la consulta espiritual, autónoma e interna como el preámbulo de la consulta previa. Para ello es indispensable que se respeten las decisiones que los pueblos toman dentro de sus espacios autónomos y con sus autoridades tradicionales²⁰⁴.

En segundo lugar, la consulta debe ser previa, esto es, debe tener lugar durante la fase de planificación del proyecto o plan, antes de la ejecución de las actividades. Debe ser desarrollada durante las etapas iniciales del proyecto de desarrollo, plan de inversión o concesión extractiva. Cuando los proyectos abarquen la explotación o extracción de recursos naturales tiene que realizarse a partir de la evaluación del otorgamiento de la concesión, luego el Estado debe garantizar con antelación la participación del pueblo indígena mediante sus procedimientos tradicionales respecto a la adopción de decisiones.

En tercer lugar, el proceso de consulta debe realizarse de buena fe, sin la presencia de coacción o presiones externas por parte del Estado o de los agentes interesados en la ejecución del proyecto. Debe realizarse en un escenario de respeto mutuo, ya que el objetivo es alcanzar un consenso y un dialogo fructífero que permita la negociación igualitaria entre las partes. Al involucrar dos partes, una de ellas actuando de forma principal: -los pueblos indígenas-, la consulta de buena fe sustenta la responsabilidad de estos grupos de participar de manera activa en los planes, programas o proyectos a desarrollar. Dichas responsabilidades no deben comprenderse como un hecho para limitar sus derechos humanos o el ejercicio de algunas manifestaciones de protesta social²⁰⁵.

²⁰⁴ Ibid., p. 51.

²⁰⁵ CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, cit., párr. 319-321.

“La buena fe también es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, sea a través de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales”²⁰⁶.

De acuerdo con la Organización internacional del Trabajo, las partes deben propender por establecer un dialogo que favorezca el hallazgo de soluciones apropiadas en un ambiente de respeto reciproco y donde exista buena fe. Para esto, debe concurrir un sistema eficaz de comunicación entre los implicados. Es necesario que se valoren positivamente las peticiones de los representantes indígenas libremente elegidos y las instituciones de derecho consuetudinario que las avalan, además de la inserción de una perspectiva de género que facilite la participación de las mujeres indígenas y de una perspectiva que favorezca la integración de los niños, los jóvenes y los adultos mayores.²⁰⁷

En cuarto lugar, debe realizarse de manera transparente, con la coordinación del Estado y observando los espacios, tiempos y contenido de la consulta. Debe ser respetuosa del derecho propio y de la ley de origen²⁰⁸. Debe garantizar que los pueblos indígenas elijan a sus representantes de forma autónoma apoyándose en una metodología cultural adecuada. Dicho procedimiento debe ser implementado de acuerdo con sus costumbres, tradiciones y procedimientos culturales propios²⁰⁹.

“La cultura y cosmovisión de los pueblos indígenas deben ser respetadas, y la consulta debe atender el derecho de los pueblos indígenas de aplicar sus propios usos y costumbres para establecer las reglas y los principios del proceso”²¹⁰.

Es indispensable que exista un verdadero diálogo entre las partes y que éste tenga la respectiva difusión para que todos los miembros del grupo reciban la información

²⁰⁶ Ibid., párr. 319.

²⁰⁷ OIT, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica*. Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT, cit., p. 63-64.

²⁰⁸ ORGANIZACIÓN NACIONAL INDIGENA DE COLOMBIA (ONIC), *Tejiendo derechos. La consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado*, cit., p. 35.

²⁰⁹ CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, cit., párr. 302-305.

²¹⁰ OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta libre, previa e informada, Una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los Derechos Humanos*, Ed. Birgit Gerstenberg, [s.l.], p. 22.

acertada; debe garantizar que la discusión sea traducida a la lengua de las comunidades indígenas, ello entre otras cosas, porque se busca asegurar un dialogo intercultural que fortalezca los principios del derecho propio de los pueblos indígenas²¹¹.

En quinto lugar, la consulta previa debe ser informada, es decir, los pueblos indígenas deben tener pleno conocimiento del proyecto que se propone realizar y los efectos de los planes de desarrollo o proyectos de inversión que tendrán lugar en sus territorios. Esa información debe contener datos sobre los posibles riesgos que generarán las medidas, bien sea riesgos de carácter ambiental y social o que estén relacionados con la salubridad de las comunidades y la de sus miembros. Dicho carácter informado implica la obligación de realizar estudios de impacto ambiental, social y cultural con antelación a la ejecución de las actividades de desarrollo o de inversión²¹² y también de establecer medidas de manejo, seguimiento y compensación de los efectos adversos que provoquen las mismas.

En sexto lugar, el proceso de consulta debe respetar el debido proceso, es decir, debe acatar los acuerdos que surgieron entre las comunidades étnicas y los agentes interventores, observándose en todo caso todas las disposiciones jurídicas aplicables a la materia, esto es, el Convenio No. 169 de la OIT, la Declaración de la ONU sobre los derechos de los Pueblos Indígenas y también la jurisprudencia emitida por Cortes Internacionales de derechos humanos y Tribunales constitucionales nacionales. Dicho principio abarca a su vez, la posibilidad de realizar convocatorias previas, la opción de contradecir al gobierno o a sus representantes especiales, entregar documentos y estudios propios de los pueblos indígenas, aportar pruebas de las afectaciones que se estimularían con las medidas propuestas. La consulta también debe atender el principio de publicidad, pues todas las fases del proceso y las consecuencias de las mismas deben ser comunicadas a los pueblos indígenas interesados y si es posible a la comunidad en general²¹³.

Si se atienden dichos principios los procesos de consulta constituyen una medida indispensable que permite a los pueblos indígenas aportar su opinión en el marco de la evaluación previa de la medida propuesta y en la que se tratan temas alusivos a los posibles efectos de las actividades a desplegar, lo cual a su vez les permite determinar

²¹¹ *Ibíd.*, p. 22.

²¹² CIDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs Surinam*, cit., párr.133.

²¹³ ORGANIZACIÓN NACIONAL INDIGENA DE COLOMBIA (ONIC), *El derecho fundamental a la consulta previa de los Pueblos Indígenas en Colombia*, cit., p. 23-24.

qué derechos humanos y que intereses serán violados. Los procedimientos de consulta son definitivos en la búsqueda de medios alternativos que replacen los proyectos propuestos y en la determinación de medidas que contribuyan a la mitigación de los impactos. Se trata de un mecanismo ideal para que los pueblos indígenas puedan establecer estrategias para su desarrollo y para el disfrute efectivo de sus derechos humanos²¹⁴.

En opinión del Relator, la consulta puede ser concebida como una verdadera vía de negociación y de dialogo siempre que se intenten resolver los desequilibrios de poder que existen entre las partes que participan en el proceso y que se garantice a los pueblos indígenas el intercambio de información y la capacidad de negociación apropiada²¹⁵. Para cumplir ese objetivo los Estados deben asegurar la creación de mecanismos de esa naturaleza, los cuales supondrán en ciertos eventos, la participación de actores externos y de representantes del gobierno que aunque no sean agentes principales del proceso, puedan contribuir en el ejercicio de labores de supervisión y control, evitando manipularlo o influir en él. Cuando se cumplen esas condiciones el acuerdo puede ser contemplado como fruto de un proceso de consulta auténticamente libre y fundamentado²¹⁶.

2.3. Normas que fundamentan el derecho a la consulta previa.

2.3.1. Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Tomando en consideración lo dispuesto en el artículo 3 del Convenio No. 169 de la OIT, partimos de una premisa fundamental: los pueblos indígenas y tribales gozan de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin que sea posible discriminación al respecto. Los Estados que suscriban dicho cuerpo normativo, están en el deber de reconocer y proteger los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de estos pueblos, teniendo en cuenta sus problemas a nivel individual y colectivo y respetando no sólo sus valores, prácticas y costumbres sino también sus propias instituciones (art. 5). Por otra parte, tienen la obligación de valorar su derecho

²¹⁴ Informe del relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, A/HRC/21/47, cit., p. 18.

²¹⁵ Con relación a los desequilibrios de poder el Relator expresa: "Ahora bien, las empresas deben ejercer la diligencia debida para mitigar los desequilibrios de poder y evitar resultados que no sean compatibles con las normas de derechos humanos, y los Estados deben actuar para proteger de tales desequilibrios de poder y garantizar la idoneidad de todo acuerdo. En razón de las importantes disparidades que normalmente existen entre las empresas y los pueblos indígenas en cuanto a poder, capacidad de negociación y acceso a la información, la función de protección del Estado es especialmente importante en este contexto. Este deber de proteger incluye la provisión de mecanismos apropiados de reclamación por agravios", *Ibíd.*, 19.

²¹⁶ *Ibíd.*, p. 18-19.

consuetudinario (art. 8) y la relación espiritual que predicen con sus tierras o territorios así como los aspectos colectivos de ese vínculo (art. 13). Los pueblos indígenas tienen derecho a decidir sobre sus propias prioridades del proceso de desarrollo siempre que se afecten sus vidas, creencias, bienestar espiritual, instituciones y tierras, pues cuentan con la capacidad de participar de forma libre y eficaz en las decisiones que abarquen medidas, planes y programas que menoscaben sus derechos humanos (art. 7)²¹⁷. En consonancia con lo anterior, los gobiernos tienen el deber de,

a) *consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;*

b) *establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;*

c) *establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.*

2. *Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas*²¹⁸.

Del contenido de la anterior norma se pueden inferir varios aspectos trascendentales. En primer término, que es indispensable reconocer cuáles son las instituciones que representan a los pueblos indígenas en el proceso de consulta y por lo tanto en qué consistirán los procedimientos adecuados que tiendan a proteger sus intereses y derechos fundamentales. Se debe tratar de procedimientos que sean compatibles con sus usos, costumbres y tradiciones, es decir, con su derecho consuetudinario y con su ley de origen. En segundo término, es necesario asegurar la

²¹⁷ CONSULTORIA PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DESPLAZAMIENTO (CODHES), *El derecho fundamental a la consulta previa: línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en la materia*, Documentos CODHES 24, Bogotá, D.C., 2012, p. 31.

²¹⁸ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Convenio OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes*, cit., art. 6.

participación efectiva de todos los miembros de las comunidades indígenas, dicha participación debe ser libre, no debe provenir de la fuerza o la coacción, tiene que ser completamente incluyente y debe abarcar la adopción de decisiones en todos los niveles de su vida individual y comunitaria. En tercer término, es ineludible determinar los medios para que las iniciativas y las instituciones de los pueblos indígenas puedan desarrollarse en debida forma, entregándose los recursos materiales o financieros que amerite el caso. En cuarto lugar, las consultas siempre deben llevarse a cabo de buena fe, sin presencia de engaños o fraudes y con la finalidad de que los pueblos entreguen su libre consentimiento.

Según este cuerpo normativo, los ámbitos que deben ser objeto de consulta previa son los siguientes:

- Programas de prospección o explotación de los recursos naturales existentes en las tierras de los pueblos indígenas, independientemente que la propiedad de dichos recursos pertenezca al Estado o que éste tenga derechos sobre los mismos. En esos casos los pueblos indígenas tienen derecho a participar en los beneficios que surjan de esas actividades y a ser indemnizados equitativamente por sus efectos. (Art. 15).

- El traslado o la reubicación de los pueblos indígenas cuando sean excepcionalmente necesarios, y siempre y cuando se otorgue consentimiento libre y con conocimiento de causa, a través de procedimientos apropiados creados por la legislación interna. En ese evento, deberá tenerse en cuenta que los pueblos indígenas tienen derecho a regresar a sus tierras tradicionales. Sin embargo, si el retorno no es posible bien sea porque se determino por un acuerdo o en virtud de la ausencia del mismo, mediante procesos adecuados, los pueblos podrán recibir tierras cuya calidad y estatuto jurídico sea similar a las que ocupaban con anterioridad, que favorezcan la satisfacción de sus necesidades y que garanticen su desarrollo futuro. (Art. 16).

- Enajenación de tierras y transmisión de los títulos de propiedad indígena. Lo anterior, toda vez que el Estado tiene la obligación de respetar las formas de transmisión de los derechos sobre las tierras entre los miembros de las comunidades étnicas. (Art. 17).

- Programas de formación profesional que no respondan a las necesidades de los pueblos indígenas, de modo que se puedan adecuar estrategias para poner a su disposición programas especiales de formación. Tales programas deberán estar fundamentados en sus condiciones económicas, sociales y culturales. La consulta debe contemplar la organización y el funcionamiento de dichos programas. Las comunidades indígenas sí así lo deciden pueden asumir paulatinamente la coordinación de los mismos. (Art. 22).

- La creación de las instituciones propias y los medios de comunicación de los pueblos indígenas, proporcionando los recursos pertinentes para ese objetivo. (Art. 7 núm. 3).

- La enseñanza a los niños indígenas de la lectura y la escritura en su propia lengua o en la lengua del grupo al que pertenezcan. (Art. 28).

2.3.2. Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas.

La Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, es un instrumento internacional que complementa las disposiciones consagradas en el Convenio No. 169 de la OIT. El Relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, considera que la pretensión del preámbulo de este corpus normativo, es reparar los efectos presentes de la denegación histórica de las comunidades indígenas, con ello busca reivindicar la libre determinación junto con otros derechos y libertades fundamentales. Advierte que la Declaración no se especializa en un tipo de derechos sino que más bien profundiza en la protección de todos los derechos humanos a partir de una visión cultural, política, social y económica específica: la de los pueblos indígenas. Para garantizar la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas, este conjunto de normas reafirma los derechos individuales a la vida, la integridad personal, la igualdad, la libertad, la no discriminación, el acceso a la justicia y la protección especial a mujeres y niños. Igualmente los derechos colectivos vinculados con la integridad cultural, el autogobierno, la autonomía de las instituciones y autoridades políticas, jurídicas, sociales y culturales, el

autodesarrollo, las tierras, los recursos naturales y los servicios sociales²¹⁹. Adicionalmente,

“el entendimiento común de que la libre determinación de los pueblos indígenas entraña también una participación y una interacción con las estructuras sociales más amplias en los países en que viven. Así pues, la Declaración reconoce el derecho de los pueblos indígenas a participar plenamente en la vida política, económica, social y cultural del Estado y a ser consultados en relación con las decisiones que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”²²⁰.

Tratándose del consentimiento libre e informado así como del proceso de consulta en el marco de la Declaración, la Relatoría señala que tales procedimientos deben tener en cuenta la determinación de la naturaleza de la propuesta, el carácter del impacto y la limitación que éste provoque en los derechos de las comunidades indígenas, la participación constante de los habitantes de los territorios indígenas, la concertación equitativa con los entes que realizan las actividades de explotación, la protección de la fauna, la flora, los espacios sagrados y el uso de los recursos naturales tradicionales, debido a que estos no solo sostienen sus estructuras económicas sino también sus prácticas culturales.

En ese sentido, no podemos desconocer que la Declaración al igual que el Convenio No. 169 garantizan el derecho de los pueblos indígenas a participar de forma permanente en las decisiones que les incumben, así lo establece el artículo 18, el cual consagra dicha participación a través de sus representantes tradicionales y de acuerdo con sus procedimientos ancestrales. El artículo 19, es la norma que valida la relación existente entre esa participación, el derecho a la consulta previa y el principio de consentimiento libre e informado. Así dispone,

“Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y

²¹⁹ Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavengahen, *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, culturales, incluido el derecho al desarrollo*, A/HRC/6/15, 15 de noviembre de 2007, p. 8.

²²⁰ *Ibíd.*, p.13.

*aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado*²²¹”.

Los supuestos que deben ser consultados bajo la observancia de la Declaración de los derechos de los Pueblos Indígenas, son:

- El ejercicio y la protección de la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y pretensiones materializadas en la educación y la información pública, de tal manera que se combatan las conductas discriminatorias, se incentiven prácticas tolerantes y se promuevan buenas relaciones entre los pueblos indígenas y otros grupos de la sociedad. (Art. 15).

- La protección de los niños que pertenecen a grupos indígenas contra la explotación económica, contra el trabajo que implique pérdida de su vida, de su integridad personal, que impida su educación y que interfiera en su salud, aspecto físico, mental, moral y social. Ante ese evento, es necesario que el Estado ponga especial atención a su estado de vulnerabilidad e intente crear mecanismos para lograr su verdadera participación en el desarrollo de la comunidad. (Art. 17).

- La determinación y la elaboración de estrategias y prioridades para su desarrollo o para la utilización de sus tierras, territorios y recursos naturales. En ese supuesto, el objetivo de la consulta es que el pueblo indígena manifieste que da su consentimiento libre e informado, siempre que se trate de actividades relacionadas con proyectos de desarrollo o que involucren la utilización y la explotación de recursos hídricos, minerales o de otro tipo. (Art. 32).

- El mantenimiento y el desarrollo de las relaciones y la cooperación que comprendan actividades espirituales, culturales, políticas, económicas y sociales con los miembros de las comunidades indígenas y con otros pueblos que se encuentren ubicados fuera de sus fronteras. (Art. 36).

- La adopción de medidas aptas que ayuden a la consecución de los fines de la Declaración, incluidas las medidas legislativas correspondientes. (Art. 38).

²²¹ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, cit., art. 19.

2.3.3. Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas.

Este proyecto de Declaración fue aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 26 de febrero de 1997 y creado con el objetivo de fortalecer el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas de América, al considerar que éstos conforman un sector organizado, distintivo e integral de la población que tiene derecho a integrar la identidad cultural de las Naciones, a través del fortalecimiento de las instituciones del Estado y la consolidación de la unidad nacional con fundamento en principios de índole democrática. En su preámbulo se destaca el hecho de que varias de las concepciones e instituciones democráticas plasmadas en las Constituciones de los Estados que integran el Sistema Interamericano, surjan de instituciones de pueblos indígenas y que sus sistemas participativos tanto de decisión como de autoridad, actualmente favorezcan el ejercicio democrático de los países de la región. Subraya la necesidad de crear marcos jurídicos nacionales que contribuyan a fortalecer la pluriculturalidad de las distintas sociedades de las Américas.

Así, enfocándose en la necesidad de erradicar la pobreza de los pueblos Indígenas, el instrumento internacional consagra su derecho al desarrollo de acuerdo con sus tradiciones, necesidades propias e intereses comunes. El derecho a que la relación especial que mantienen con el medio ambiente y con sus tierras, territorios y recursos naturales sea debidamente protegida. El reconocimiento de las formas tradicionales colectivas de control y uso de tierras, territorios, recursos, aguas y zonas costeras en tanto integran elementos necesarios para su supervivencia, organización social, desarrollo y bienestar individual y colectivo. El reconocimiento de la importancia que adquieren normas internacionales como la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la Convención Americana de los Derechos Humanos y el Convenio 169 de la OIT en la promoción de los derechos de los pueblos indígenas y por lo tanto en el goce y disfrute efectivo de los mismos²²².

Teniendo en cuenta que los pueblos indígenas tienen derecho a gozar plenamente y de manera efectiva de todos los derechos humanos y libertades fundamentales consagradas en instrumentos internacionales de derechos humanos, este cuerpo normativo reconoce los derechos colectivos que son indispensables para el disfrute de los

²²² CIDH, *Proyecto de Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas*, de 26 de febrero de 1997, Preámbulo.

derechos humanos individuales de sus miembros. Entre ellos, aquellos que denotan una relación directa con el derecho a la consulta previa, como por ejemplo “el derecho de participar sin discriminación, si así lo deciden, en la toma de decisiones, a todos los niveles, con relación a asuntos que puedan afectar sus derechos, vidas y destino²²³”, o los que están vinculados con la salvaguarda del medio ambiente. Conforme consagra esta disposición, los pueblos indígenas son titulares del derecho a un medio ambiente sano y seguro al constituir una condición esencial para poder disfrutar del derecho a la vida y al bienestar colectivo. Así mismo, a ser informados de todas aquellas medidas que puedan incidir en su medio ambiente, incluyendo la entrega de información que garantice la participación en las acciones y decisiones que puedan llegar a afectarlo.

Por otra parte, los derechos a conservar, restaurar y proteger su medio ambiente y la productividad de sus tierras, territorios y recursos naturales; a participar activamente en la formulación, planeación, ordenación y ejecución de programas relativos a la conservación de sus tierras, territorios y recursos naturales; a la asistencia del Estado y de organizaciones internacionales cuando se trate de políticas tendientes a la protección del medio ambiente; a la prohibición y sanción de hechos alusivos a la introducción, el abandono o el depósito de materiales radioactivos, residuos tóxicos o a la producción, entrada, traslado, posesión o uso de armas químicas, biológicas o nucleares en áreas habitadas por comunidades indígenas; a la conservación de áreas protegidas, o que estén sujetas a condiciones de reserva de la vida natural, cuando se busque el desarrollo de los recursos naturales presentes en esas zonas, pues en esos casos es necesario el consentimiento y la participación de los pueblos directamente interesados. (Art. 13)

De igual forma, reconoce las formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural y los derechos a las tierras y territorios, derechos que sin duda influyen en el ejercicio del derecho a la consulta previa. En ese sentido, establece el derecho al reconocimiento de las distintas y particulares formas de posesión, dominio y disfrute de los territorios y la propiedad, así como también de los derechos de dominio y uso con relación a las tierras, territorios y recursos que han ocupado tradicionalmente o que han servido para el desarrollo de sus actividades tradicionales y de sustento. También los derechos al reconocimiento del uso y propiedad de sus tierras como títulos permanentes, exclusivos, inalienables, imprescriptibles e inembargables. Tales títulos sólo pueden ser modificados si existe común acuerdo entre los pueblos indígenas y el Estado y su

²²³ *Ibíd.*, art. 14.

conocimiento respecto a la naturaleza y características de la propiedad. La limitación de ese derecho debe realizarse de acuerdo con las costumbres, tradiciones, usos y prácticas de los pueblos indígenas y sin que se vulnere alguno de sus derechos colectivos. Así mismo, consagra el derecho a que se cree una regulación efectiva que permita la protección de los recursos naturales existentes en sus tierras.

La norma dispone que en los casos en los que la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo pertenezca al Estado, éste debe implementar procedimientos para propiciar la participación de los pueblos y para determinar los intereses que serán perjudicados y su grado de afectación antes de emprender o autorizar todo tipo de programas de prospección o explotación de los recursos de sus tierras. Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en los beneficios de dichas actividades y a recibir indemnización cuando de tales actividades surjan daños de distinta naturaleza.

Además, consagra que sólo en los eventos de interés público o por circunstancias excepcionales, los pueblos indígenas podrán ser trasladados o reubicados siempre que otorguen su consentimiento libre, publico e informado y se les sea entregada una indemnización previa que comprenda el reemplazo de tierras de igual o mejor calidad de las que abandonaron, asegurando su derecho a regresar o retornar cuando desaparezcan las causas del desplazamiento y el derecho a la restitución de las mismas cuando estas hayan sido confiscadas, usadas o dañadas. En esos términos, los Estados deben garantizar la pronta demarcación y el reconocimiento de la propiedad y de las áreas de uso indígena. (Art. 18).

En cuanto a su derecho al desarrollo y su relación con la consulta, establece la obligación de los Estados de adoptar las medidas pertinentes para que las decisiones alusivas a planes, proyectos o programas que afecten los derechos y las condiciones de vida de los pueblos indígenas sean realizadas con su participación libre e informada y con su consentimiento. Por eso, establece el derecho a que se respeten sus propias prioridades y a que no se implementen medidas que causen efectos negativos para sus comunidades. En ese evento, los pueblos indígenas podrán reclamar al Estado la realización de medidas que permitan la mitigación de los impactos en el ámbito ecológico, económico, social y cultural que se hubiesen provocado. (Art. 21).

2.4. El derecho a la consulta previa en el Sistema Interamericano.

2.4.1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha elaborado informes de admisibilidad y de fondo en casos específicos relativos a los derechos de los pueblos indígenas²²⁴, también ha realizado audiencias públicas y visitas in loco, las cuales le han permitido abordar tópicos de gran importancia para la protección de los derechos y las libertades de las comunidades étnicas del Continente²²⁵.

Muestra de lo anterior es el Informe elaborado por la Relatoría especial para la Libertad de Expresión durante el año 2009. En este informe se tratan temas relativos al derecho de acceso a la información y a las consecuencias que éste genera para el reconocimiento del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas. Los aspectos relevantes de este informe en materia de consulta pueden sintetizarse en los siguientes términos²²⁶:

- El derecho de acceso a la información integra una obligación positiva del Estado que consiste en brindar a los ciudadanos acceso a la información que se encuentra en su poder, surgiendo así un derecho correlativo de las personas para acceder a la información que está en manos del Estado. Este derecho no se limita a la entrega de información solicitada por una persona, sino que también hace referencia a la transparencia de la gestión pública y a la obligación de entregar de oficio toda la información que sea requerida por los ciudadanos, principalmente cuando de ella dependa el ejercicio de otros derechos. En ese orden, en los eventos en los que el ejercicio de derechos fundamentales depende del acceso a una información importante, el Estado debe suministrarla de forma accesible, oportuna y completa. Se trata de un

²²⁴ Se puede hablar de los siguientes informes: Informe 75/09, Admisibilidad. Petición 286-08, *Comunidades Indígenas Ngöbe y sus miembros en el Valle del Río Changuinola*. Panamá, 5 de agosto de 2009; CIDH. Informe 40/04, Fondo. Caso 12.052. *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo*. Belice, 12 de octubre de 2004; y CIDH. Informe 75/02, Fondo. Caso 11.140. Mary y Carrie Dann. Estados Unidos, 27 de diciembre de 2002, citado en ANTKOWIAK, Thomas, GONZA, Alejandra, *El derecho a la consulta en las Américas: marco legal internacional*, en Aportes DPLF, Revista de la Fundación para el Debido, Proceso Legal, No. 14, Año 3, 2010, p. 2.

²²⁵ *Ibíd.*, p. 2.

²²⁶ CIDH, *Acceso a la información y derecho a la consulta de los pueblos indígenas*, en Informe anual de la Relatoría especial para la Libertad de Expresión, Vol. II, 2009, p. 337-341.

derecho básico para el ejercicio de otros derechos humanos, sobre todo cuando sus titulares sean grupos vulnerables²²⁷.

- La entrega de información clara, oportuna y suficiente a los pueblos indígenas acerca de las intervenciones de agentes externos que puedan afectar sus territorios, es una condición ineludible para asegurar de forma apropiada el ejercicio de su derecho a la propiedad colectiva de sus territorios. Partiendo del hecho de que para estos pueblos la relación que mantienen con sus tierras es de una trascendencia incomparable, -la CIDH afirma- que el derecho de acceso a la información sobre la posible intervención en los territorios indígenas de distintos agentes, que causen fuertes impactos en el hábitat de la comunidad contribuye al aseguramiento de otros derechos, como el derecho a la salud de los miembros del grupo o el derecho a la supervivencia física. Este derecho a la información se contempla como un requisito indispensable para garantizar el control sobre las decisiones políticas que perjudiquen tanto derechos colectivos como derechos fundamentales de estas comunidades²²⁸.

- Uno de los aspectos más importantes que favorecen la protección de los derechos de propiedad de los pueblos indígenas es la obligación que debe asumir el Estado de establecer consultas efectivas e informadas con las comunidades, a fin de discutir los actos y decisiones que pueden afectar sus territorios. Los Estados tienen la obligación de que cualquier decisión que se adopte sea el resultado de un procedimiento de consentimiento previo e informado que provenga de todo el pueblo indígena interesado²²⁹.

- El derecho de acceso a la información como condición para el ejercicio de los derechos colectivos de propiedad colectiva y de consulta previa en los casos en los que ésta sea obligatoria, comprende el derecho de los pueblos indígenas a una información accesible, oportuna y suficiente respecto de la naturaleza y el impacto de la intervención sobre sus bienes o recursos; el tipo de proceso que se va a adelantar y los motivos que la justifican. Si la información comprende esos aspectos se entenderá que la postura que asuman los pueblos indígenas frente a la exploración y explotación de recursos naturales en sus territorios es auténtica, libre e informada²³⁰.

²²⁷ Ibid., párr. 66-67.

²²⁸ Ibid., párr. 68.

²²⁹ Ibid., párr. 69.

²³⁰ Ibid., párr. 71.

- La información que se entregue a los pueblos indígenas en torno al proceso de consulta previa tiene que ser clara o accesible, es decir, debe ser comprensible, de modo que su divulgación se realice en la lengua o el dialecto de la comunidad interesada para que sea enterada de forma plena. Tal información debe ser suficiente, adecuada y completa, para evitar la formación de consentimiento manipulado al momento de decidir sobre la realización de la propuesta, de un plan o de un proyecto. La información debe presentarse antes de los periodos de negociación o de cualquier autorización, teniendo en cuenta el procedimiento de consulta y los plazos que se necesitan para la adopción de decisiones. Así mismo, el Estado debe garantizar la presentación de propuestas de compensación para reparar los daños sufridos y el acceso a las fases en las que los argumentos de las comunidades no sean incluidos en el debate²³¹.

En el Informe sobre Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia²³², la CIDH prestó especial atención a los derechos de acceso a la tierra y al territorio, a los recursos naturales y a la participación en los proyectos de desarrollo, así mismo a la necesidad de crear mecanismos dirigidos a la consolidación del proceso de consulta. Al respecto destaca los siguientes aspectos²³³:

- De conformidad con lo establecido en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos, todos los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos que sean susceptibles de afectarles. Este derecho de los pueblos indígenas en el ámbito de proyectos de desarrollo que tendrán lugar en las tierras y territorios indígenas y que incidirán en sus recursos naturales, se configura mediante procedimientos previos, libres e informados de consulta de acuerdo con las disposiciones consagradas en el Convenio 169 de la OIT. Dicho procedimiento debe desarrollarse con los grupos que posiblemente resulten perjudicados, que poseen la tierra o territorio objeto de intervención o que estén buscando el reconocimiento de la titularidad de la propiedad de los mismos²³⁴.

²³¹ *Ibíd.*, párr. 72-63.

²³² En este informe la Comisión estudia los derechos a la administración de justicia, las condiciones de los centros penitenciarios y los derechos de las personas privadas de libertad, los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades campesinas, los derechos de las mujeres, los derechos de las niñas y los niños y los derechos de las personas que solicitan refugio.

²³³ CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*, cit., párr. 231-256.

²³⁴ *Ibíd.*, párr. 246.

- Subraya la necesidad de que los procedimientos de carácter administrativo encaminados a la reivindicación de tierras deben tener en cuenta los aspectos propios de los pueblos indígenas, en especial el significado que la tierra y el territorio tiene para ellos, pues de no ser así, se pondría en riesgo los derechos a la identidad cultural y a la supervivencia de las comunidades indígenas y la de sus miembros. Los trámites que integren esos procedimientos deben ser simples y accesibles; las autoridades competentes deben contar con condiciones materiales y técnicas para dar una respuesta oportuna y efectiva a las comunidades que los soliciten²³⁵.

- El procedimiento de consulta garantiza el derecho a la participación de los pueblos indígenas en los asuntos que sean susceptibles de perjudicarles, cuando busca la obtención del consentimiento libre e informado de las comunidades y cuando no se limita a una notificación o a la cuantificación de daños. El objetivo principal de la consulta radica en asegurar la participación de los pueblos indígenas en todos los niveles de decisión de los proyectos de explotación de recursos naturales de sus tierras y territorios. Debe incluir la intervención en el diseño, licitación, concesión, ejecución y evaluación de los mismos, y debe garantizar el establecimiento de beneficios e indemnizaciones por los daños que se produzcan en el medio ambiente y de forma acorde con sus propias prioridades de desarrollo²³⁶.

- Las consecuencias de los proyectos de desarrollo han sido sumamente graves para la vida de los miembros indígenas que habitan zonas de explotación o exploración de recursos naturales. Por esa razón, -la CIDH considera- que en el marco del procedimiento de consulta, se deben adoptar las medidas necesarias para mitigar los daños que estas actividades producen y para imponer sanciones correspondientes por el incumplimiento de normas ambientales y/o penales, pues su omisión constituye fuente de responsabilidad internacional para los Estados²³⁷.

En el Informe sobre derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales²³⁸, la CIDH basándose en varios de los pronunciamientos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en materia indígena, define los derechos a la participación, a la consulta y al consentimiento de las

²³⁵ Ibid., párr. 242.

²³⁶ Ibid., párr. 248.

²³⁷ Ibid., párr. 250-254.

²³⁸ CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, OEA/Ser. L/V/II, Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009.

comunidades étnicas, desde una visión complementaria e integradora, con miras a la protección efectiva de los derechos humanos de los grupos étnicos. Conviene anotar que algunos de los argumentos expuestos por esta Corporación ya fueron enunciados en apartados anteriores, por ello, nos centraremos en lo que a la consulta estrictamente se refiere. Para la CIDH:

- Los Estados que hacen parte del Sistema Interamericano tienen la obligación de celebrar consultas con los pueblos indígenas y de garantizar su participación respecto de las decisiones alusivas a medidas que afecten sus territorios, atendiendo la relación especial que mantienen con sus tierras, territorios y recursos naturales²³⁹.

- El derecho a la consulta está vinculado al derecho de participación de los pueblos indígenas consagrado en el artículo 23 de la Convención Americana. A nivel de participación política abarca la participación en la adopción de decisiones concernientes a asuntos o políticas que puedan incidir en sus derechos, que devengan de sus propias instituciones y que sean respetuosos de sus valores, usos, costumbres y formas de organización²⁴⁰.

- El deber de celebrar consultas es fundamental para la protección del derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales sobre las tierras que han usado y ocupado históricamente²⁴¹.

- La celebración de consultas estimula la salvaguarda del derecho a la identidad cultural, debido a que en algunos supuestos ésta puede verse afectada por las decisiones que adopte el Estado, luego éste tiene la obligación de respetar y proteger la conservación de las tradiciones y costumbres indígenas, ya que éstas son consideradas como elementos intrínsecos de la identidad cultural de las personas que pertenecen a comunidades indígenas²⁴².

- La consulta previa, efectiva e informada tiene lugar cuando se adopten medidas relacionadas con el acceso y el goce efectivo del territorio tradicional, al igual que con la determinación de las fronteras del territorio indígena mediante los procesos de delimitación y demarcación. Todas las medidas que en el derecho interno busquen

²³⁹ Ibid., párr. 273.

²⁴⁰ Ibid., párr. 274.

²⁴¹ Ibid., párr. 275.

²⁴² Ibid., párr. 276.

demarcar, delimitar, titular y proteger el territorio de propiedad de un pueblo indígena, deberán estar precedidos por procedimientos de consulta que sean compatibles con sus prácticas tradicionales y que no afecten a otras comunidades indígenas²⁴³.

- Todas las decisiones que puedan afectar, modificar, reducir o extinguir los derechos de propiedad indígena deben someterse a consulta previa y a la obtención del consentimiento del pueblo indígena. La consulta es definida como un proceso de diálogo y negociación que requiere de la buena fe de las partes y que tiene como finalidad alcanzar un mutuo acuerdo. No puede consistir en el cumplimiento de unos requisitos pro forma. En los supuestos en los que el consentimiento de los pueblos indígenas no sea una condición necesaria, el Estado tiene la obligación de considerar los resultados de la consulta, o en su caso, manifestar los motivos por los que no fueron tenidos en cuenta²⁴⁴.

- La representación de los pueblos indígenas en el procedimiento de consulta por una parte, debe estar determinada por el pueblo afectado y debe realizarse de acuerdo con sus tradiciones y teniendo en cuenta la voluntad de todos los miembros de la comunidad mediante los mecanismos consuetudinarios que los caracterizan. Por otra, cuando se trate de consultas relacionadas con el derecho de propiedad comunal, ha de evitar causar perjuicios a otras comunidades indígenas²⁴⁵.

- Las actividades de explotación de territorios naturales en ausencia de consulta y consentimiento de los pueblos indígenas afectados vulnera su derecho a la propiedad y a participar en el gobierno²⁴⁶.

- La responsabilidad de celebrar consultas reside en el Estado y no en otros sujetos, tales como las empresas que pretenden obtener una concesión o un contrato de inversión²⁴⁷.

- Los pueblos indígenas que no poseen títulos formales de propiedad sobre sus territorios también pueden ejercer su derecho de consulta frente al otorgamiento de concesiones de carácter extractivo y frente a la implementación de planes o proyectos de desarrollo y de inversión en sus territorios²⁴⁸.

²⁴³ Ibid., párr.280.

²⁴⁴ Ibid., párr. 281-285.

²⁴⁵ Ibid., párr. 287-288.

²⁴⁶ Ibid., párr. 289

²⁴⁷ Ibid., párr. 291.

²⁴⁸ Ibid., párr. 293.

- La satisfacción del deber estatal de celebrar consultas debe estar regulado en los ordenamientos internos, mediante medidas legislativas o administrativas pertinentes que aseguren el principio de legalidad y certeza jurídica de todos los interesados. La ausencia de dicha regulación es concebida como un obstáculo para la obligación que tienen los Estados de desarrollar consultas²⁴⁹.

- La consulta debe realizarse durante la planificación del proyecto o de la medida y antes de que éstos sean ejecutados, es decir, debe llevarse a cabo durante la fase explotaría del programa que se propone. Si se trata de proyectos relativos a concesiones de explotación y extracción de recursos naturales en territorios indígenas, la consulta debe desarrollarse desde la evaluación del otorgamiento de la concesión²⁵⁰.

- Para que el deber de consulta se cumpla, ésta debe desarrollarse conforme con las costumbres y tradiciones indígenas y mediante procedimientos culturalmente adecuados que consideren los métodos ancestrales para la adopción de decisiones. Dicha adecuación cultural requiere que la representación de los pueblos indígenas provenga de una determinación que sea compatible con sus prácticas tradicionales²⁵¹.

- La implementación de planes, programas o proyectos de desarrollo al igual que el otorgamiento de concesiones requieren de la entrega de información precisa sobre la naturaleza y los efectos del proyecto antes y durante el proceso de consulta, ello da lugar entre otros, a la realización de estudios de impacto ambiental y social²⁵².

- El derecho de los pueblos indígenas a recibir información acerca del contenido y la finalidad de los planes, proyectos o medidas y de sus impactos positivos y negativos surgen de su derecho a determinar las estrategias y prioridades de desarrollo o la utilización de sus tierras, territorios y recursos naturales. El Estado debe suministrar a los pueblos indígenas asistencia técnica e independiente que les permita adoptar decisiones plenamente informadas. Debe comprender el establecimiento de beneficios e indemnización por los daños causados²⁵³.

²⁴⁹ Ibid., párr. 298-300.

²⁵⁰ Ibid., párr. 302-304.

²⁵¹ Ibid., párr. 305-306.

²⁵² Ibid., párr. 308.

²⁵³ Ibid., párr. 310-313.

- La naturaleza, la complejidad y los efectos de los proyectos o planes de inversión, desarrollo o concesiones extractivas exigen la celebración de reuniones previas en las que se suministre información a los pueblos indígenas. Estas reuniones no equivalen a un proceso de negociación o dialogo requeridos para un proceso de consulta²⁵⁴.

- El proceso de consulta debe desarrollarse de buena fe y con miras a obtener el consentimiento informado de los pueblos indígenas que se verán afectados con planes de inversión, desarrollo o con concesiones extractivas²⁵⁵.

- El requisito de buena fe exige la no presencia de coerción por parte del Estado o de sus agentes para promover la búsqueda de un acuerdo. El principio de buena fe persigue la consolidación de un clima de confianza entre los sujetos interventores, fundado en el principio de respeto mutuo²⁵⁶.

- El deber de consulta demanda flexibilidad para acomodar los diferentes derechos e intereses contrapuestos. La exigencia de ajustar o acomodar implica incluso la cancelación del plan o proyecto de acuerdo con los resultados de la consulta, o ante su omisión, la manifestación de razones objetivas y razonables que la justifiquen. El hecho de no prestar atención a los resultados de la consulta comporta el desconocimiento del principio de buena fe, en el sentido de impedirles a los pueblos indígenas modificar el proyecto inicial²⁵⁷.

- A pesar de que no se exija en todos los procesos de consulta, el consentimiento de los pueblos indígenas, ésta no puede limitarse a cumplir requisitos formales. Los Estados tienen la obligación de incluir en este proceso las demandas, aspiraciones y propuestas de las comunidades involucradas²⁵⁸.

²⁵⁴ Ibid., párr.314.

²⁵⁵ Ibid., párr. 315.

²⁵⁶ Ibid., párr. 318-320.

²⁵⁷ Ibid., párr. 324-325.

²⁵⁸ En este aspecto la CIDH afirma: "Cuando quiera que el acomodo no sea posible por motivos objetivos razonables y proporcionales a un interés legítimo en una sociedad democrática, la decisión administrativa que apruebe el plan de inversión o desarrollo, debe argumentar, de forma razonada, cuáles son dichos motivos. Esa decisión, y las razones que justifican la no incorporación de los resultados de la consulta al plan final, deben ser formalmente comunicadas al pueblo indígena respectivo", Ibid., párr. 327.

2.4.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte IDH, por su parte, ha resuelto varios casos encaminados a la protección de los derechos de los pueblos indígenas. Dichos fallos se han centrado en la controversias de Sawhoyamaxa contra Paraguay, Moiwana vs. Surinam, Awas Tigni contra Nicaragua, Yakye Axa vs. Paraguay, Saramaka contra Surinam y Sarayaku vs. Ecuador. Para la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento en Colombia, los fundamentos de los pronunciamientos de la Corte IDH en esta materia, se centran en tres aspectos principales²⁵⁹:

1. Los alcances y las características del derecho a la consulta previa y, obviamente los demás derechos de los pueblos indígenas están garantizados por normas de carácter internacional, tales como el Convenio 169 de la OIT, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o la Declaración de Naciones sobre los derechos de los Pueblos Indígenas. Se trata de normas que han permitido garantizar el goce y ejercicio de otros derechos fundamentales de las comunidades étnicas.

2. Los pueblos étnicos requieren que sus derechos sean garantizados en plano de igualdad respecto de las demás personas que conforman la sociedad, teniendo en cuenta las características propias que los diferencian de la población en general y que hacen parte de su identidad cultural. Estos pueblos deben gozar de una protección reforzada y efectiva por parte de las autoridades estatales asumiendo sus particularidades propias, su situación de vulnerabilidad y todo aquello que conforma sus características económicas, sociales y culturales.

3. El reconocimiento especial que el significado de la tierra, territorio y recursos naturales tiene para los pueblos indígenas, es de tal importancia en la medida que favorece el aseguramiento de otros derechos humanos como la integridad cultural y la supervivencia como grupos diferenciados.

Los efectos jurídicos que han originado estos fallos en el ámbito interamericano, son explicados por Antkowiak y Gonza así: han permitido la aparición de varios principios que influyen en el ejercicio del derecho a la consulta previa. En primer lugar, -sostienen- que el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos, es interpretado como un derecho que comprende tanto a la

²⁵⁹ CONSULTORIA PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DESPLAZAMIENTO (CODHES), *El derecho fundamental a la consulta previa: línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en la materia*, cit., p. 71.

propiedad privada de las personas particulares, como a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas y tribales, es decir, que su alcance se extiende a colectivos indígenas y no se reduce a la noción clásica de propiedad civil. En segundo lugar, que los pueblos indígenas que habitan en tierras ancestrales conforme a sus tradiciones son titulares de la propiedad sobre sus territorios y que los Estados están en la obligación de legalizar la relación que estos pueblos tienen con sus tierras a fin de proteger sus intereses en torno a lo que comporta tal propiedad. En tercer lugar, que el Estado tiene el deber de consultar con sus pueblos indígenas y tribales sobre los asuntos que afecten sus intereses fundamentales y derechos humanos. En cuarto lugar, que las autoridades gubernamentales deben observar y cumplir unos requisitos específicos cuando se pretenda restringir los derechos de los pueblos indígenas a usar y gozar de su propiedad. Y en quinto lugar, que los Estados deben tener en cuenta los casos en los que se debe obtener consentimiento previo, libre e informado de las comunidades perjudicadas²⁶⁰.

En el Caso Saramaka vs. Surinam, la Corte estudió la acusación realizada por la Comisión relativa a que Surinam omitió adoptar las medidas necesarias para asegurar el uso de los territorios que tradicionalmente han sido ocupados por el pueblo Saramaka y desconoció el deber de consulta que le correspondía al otorgar concesiones para la explotación forestal y minera en ese territorio, sin realizar tampoco estudios de impacto ambiental y social y sin garantizar la participación en los beneficios de las comunidades involucradas; violándose de esa forma el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Enfatizó igualmente en la inexistencia de medidas legislativas o jurídicas que permitieran la protección de los derechos colectivos de dicho grupo étnico²⁶¹, entre ellos, el derecho a la protección judicial. En ese orden, la Comisión solicitó que se declarará la responsabilidad internacional del Estado de Surinam por la violación de los artículos 21 (derecho a la propiedad) y 25 (derecho a la protección judicial) en relación con los artículos 1.1²⁶² y 2²⁶³ de la Convención Americana²⁶⁴.

²⁶⁰ ANTKOWIAK, Thomas; GONZA, Alejandra, *El derecho a la consulta en las Américas: marco legal internacional*, cit., p. 3.

²⁶¹ MINISTERIO FEDERAL DE COOPERACIÓN ECONOMICA Y DESARROLLO, Fortalecimiento de organizaciones indígenas en América Latina, *El derecho a la consulta previa: Normas jurídicas, prácticas y conflictos en América Latina*, PROINDIGENA Gíz, (s.l.), p. 17.

²⁶² "Obligación de Respetar los Derechos 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano", en ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, *Convención Americana de Derechos Humanos*, cit., art. 1.

Este fallo es uno de los más importantes que ha emitido la Corte, porque en él se establecen una serie de directrices para los Estados cuando se trate de cumplir con el deber de celebrar consultas con los pueblos indígenas que resulten afectados con proyectos de desarrollo o de inversión y que tengan que ver con sus intereses y derechos fundamentales, especialmente con su derecho a la propiedad colectiva. Uno de los principales argumentos que podemos resaltar de los pronunciamientos de la Corte, es el que hace referencia a que cuando se garantiza la participación efectiva de los miembros de un pueblo, en este caso, la del pueblo Saramaka, en los planes de desarrollo o de inversión en su territorio, el Estado tiene el deber de consultar con esta comunidad, de acuerdo con sus usos y costumbres. Para eso, debe recibir y brindar información en un marco de comunicación constante entre las partes. Las consultas tienen que observar el principio de buena fe y deben realizarse mediante procedimientos culturales apropiados que lleven a la consecución de un acuerdo. Debe ser respetuosa de las tradiciones indígenas y debe desarrollarse en las primeras fases del plan de desarrollo o de inversión y no solo cuando se quiera obtener la aprobación de la comunidad. El Estado debe ser capaz de exponer los posibles riesgos y los impactos ambientales y de salubridad que ocasionarán las medidas, con el fin de que los pueblos indígenas acepten con conocimiento y de forma voluntaria la realización de la propuesta. La consulta debe atender los métodos tradicionales de la comunidad para la adopción de decisiones²⁶⁵. El argumento alusivo a que la consulta debe realizarse según sus usos y costumbres –dice la Corte- se predica del pueblo Saramaka y no del Estado. Es el pueblo indígena quien debe decidir quiénes lo representarán en la toma de las decisiones que los perjudiquen²⁶⁶.

La Corte estableció seis asuntos fundamentales en los que el Estado debe proceder a realizar consultas con los pueblos indígenas²⁶⁷,

1. El proceso de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo del territorio de un pueblo determinado, conforme a su derecho consuetudinario y sin perjuicio de otras comunidades indígenas o tribales²⁶⁸.

²⁶³ “Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”, *Ibíd.*, art.2.

²⁶⁴ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs Surinam*, Sentencia de 28 de noviembre de 2007 cit., párr. 3.

²⁶⁵ *Ibíd.*, párr. 133.

²⁶⁶ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs Surinam*, Interpretación de la Sentencia, de Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 12 de agosto de 2008, párr. 18.

²⁶⁷ *Ibíd.*, párr. 16.

2. El proceso a través del cual se otorga a los miembros de una comunidad el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que integran; con el fin de garantizar el uso y goce pleno de su derecho a la propiedad comunal, al igual que el acceso a la justicia conforme a su derecho consuetudinario y costumbres²⁶⁹.

3. El proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de cualquier otra índole que sean necesarias para reconocer, proteger y garantizar la titularidad de derechos colectivos sobre el territorio que tradicionalmente han usado o han ocupado. Esos derechos incluyen las tierras y recursos naturales indispensables para la subsistencia social, cultural y económica, y la oportunidad de administrar, distribuir y controlar de forma efectiva dicho territorio, según su sistema de propiedad comunal y derecho consuetudinario²⁷⁰.

4. El proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra naturaleza que sean indispensables para reconocer y proteger el derecho a ser consultados efectivamente de acuerdo con sus usos y costumbres, o en su caso de otorgar o abstenerse de dar su consentimiento libre, previo e informado²⁷¹.

5. Los resultados de los estudios previos de impacto ambiental y social y la implementación de medidas y mecanismos adecuados dirigidos a minimizar el perjuicio que ciertas medidas puedan ocasionar en la supervivencia economía, social y cultural de un pueblo indígena²⁷².

6. Las restricciones a los derechos de propiedad, principalmente cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión que afecten el territorio de un grupo étnico. En ese evento el Estado debe cumplir con medidas de reparación en un término razonable²⁷³.

Expresó también que en el supuesto de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que provoquen un grave impacto en territorios indígenas, el Estado está en la obligación no sólo de consultar a las comunidades afectadas, sino también de obtener su consentimiento libre, informado y previo, de tal manera que sea conforme a sus

²⁶⁸ Corte IDH, *Saramaka vs Surinam*, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, cit., párr.194, lit. a).

²⁶⁹ *Ibid.*, párr. 194, lit. b).

²⁷⁰ *Ibid.*, párr. 194, lit. c).

²⁷¹ *Ibid.*, párr. 194, lit. d).

²⁷² *Ibid.*, párr. 194, lit. e).

²⁷³ *Ibid.*, párr. 194, lit. f).

costumbres y tradiciones. En esos casos, el alcance de la consulta y del consentimiento merece una protección más amplia. Al respecto manifestó,

“La Corte coincide con el Estado y además considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones²⁷⁴”.

Además sostuvo con relación a la determinación de los beneficiarios de una justa compensación por los daños provocados a raíz de proyectos de desarrollo o de inversión en territorios indígenas, que su determinación debe efectuarse en consulta con el pueblo directamente interesado, ya que el Estado no puede decidir sobre ese aspecto de forma unilateral. Tanto las medidas administrativas como legislativas que se implementen para dar lugar a los beneficios compartidos deben ser también consultadas con los correspondientes grupos étnicos²⁷⁵.

En el caso Sarayaku contra Ecuador, la Corte estudió las pretensiones planteadas por la Comisión según las cuales el Estado Ecuatoriano había otorgado permiso a una empresa petrolera, para realizar actividades de exploración y explotación de petróleo en el territorio del pueblo indígena Kiwcha de Sarayaku²⁷⁶, sin que se le hubiese consultado previamente y sin que se hubiese obtenido el respectivo consentimiento. Como consecuencia de lo anterior, se iniciaron las fases de exploración de petróleo, incluidas la introducción de explosivos de alto poder en diversos puntos del territorio indígena, provocando una grave situación de riesgo para la población, en la medida en que se les

²⁷⁴Ibíd., párr. 137.

²⁷⁵Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs Surinam*, Interpretación de la Sentencia, de Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, cit., párr. 25.

²⁷⁶Dentro de los hechos que relata la Corte en este caso, podemos mencionar el siguiente: “Según el proyecto de explotación del Bloque 23, la concesión petrolera implicaba el trabajo sísmico en un área significativa del territorio Sarayaku lo cual iba afectarlo sustancialmente, dados los impactos inherentes y probables de un proyecto petrolero en la selva. El área total que sería afectada por el proyecto en el territorio Sarayaku comprendía bosque primario, sitios sagrados, zonas de cacería, pesca y recolección, plantas y árboles medicinales y lugares de ritos culturales. Por ende, si a esto se suman precedentes sobre el impacto que la explotación petrolera en Ecuador ha tenido en la vida de otros pueblos indígenas y de habitantes de la región, es comprensible que el pueblo Sarayaku razonablemente percibiera que el desarrollo de un proyecto de esa magnitud iba a afectar seriamente su territorio y modo de vida”, Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 27 de junio de 2012, párr. 174.

impidió sus derechos a la circulación, a expresar su cultura; a la falta de protección judicial y de observancia de garantías judiciales. En ese orden de ideas, la Comisión solicitó la declaración de responsabilidad internacional del Estado por la violación del derecho a la propiedad privada, los derechos a la vida, garantías judiciales y protección judicial, el derecho a la circulación y residencia, el derecho a la integridad y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno según el artículo 2 de la Convención Americana²⁷⁷.

Con relación a la violación del derecho de propiedad, la Corte expresó que el artículo 21 de la Convención Americana protege el vínculo especial que los pueblos indígenas mantienen con sus tierras, al igual que con los recursos de los territorios tradicionales y los elementos incorpóreos que surgen de estos. Para este Tribunal entre los grupos étnicos existe una tradición de carácter comunitario sobre una forma de propiedad comunal de la propiedad colectiva de la tierra, lo cual significa que su pertenencia no se predica de un individuo sino de un grupo y de su comunidad. Esas concepciones de dominio y de posesión sobre las tierras no siempre corresponden a la noción clásica de propiedad, pero exigen la misma protección en el contexto del artículo antes mencionado. En ese sentido, -explicó- que el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido si dicho derecho no estuviese conectado con la protección de los recursos naturales que se encuentran en su territorio; luego de la protección de los territorios indígenas surge la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de sus recursos naturales, pues estos les permiten mantener su modo de vida. Los territorios tradicionales de los pueblos indígenas como los recursos naturales presentes en los mismos, son indispensables para su supervivencia física y cultural, así como para el desarrollo y conservación de su cosmovisión, por lo tanto también deben ser amparados por las disposiciones del artículo 21²⁷⁸.

Frente a la obligación del Estado de garantizar el derecho a la consulta del pueblo Sarayaku, la Corte hizo referencia en primer lugar, a la importancia de la relación de los pueblos indígenas con sus territorios tradicionales, interpretándola como un elemento esencial de identificación cultural fundado en sus propias cosmovisiones. En segundo lugar, hizo alusión al hecho de que los pueblos indígenas son definidos como actores sociales y políticos diferenciados que hacen parte de sociedades multiculturales, que deben ser reconocidos y respetados en una sociedad democrática. En tercer lugar,

²⁷⁷ Ibid., párr. 2-3.

²⁷⁸ Ibid., párr. 145-146.

sostuvo que el derecho a la consulta de estas comunidades se base en el respeto a sus derechos a la cultura propia, o a la identidad cultural, los cuales deben ser garantizados, especialmente en una sociedad que es pluralista, multicultural y democrática²⁷⁹. En palabras de la Corte,

“El derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. Esto implica la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización”²⁸⁰.

Considera que una de las garantías fundamentales para asegurar la participación de los pueblos indígenas en todas las decisiones relativas a medidas que afecten o vulneren sus derechos, principalmente su derecho a la propiedad comunal, es el reconocimiento de su derecho a la consulta consagrado en el Convenio No. 169 de la OIT y en otros²⁸¹ instrumentos internacionales²⁸². A su vez afirmó, que es claro que hoy en día los Estados tienen la obligación de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados en los casos en los que se afecten determinados intereses de los pueblos indígenas. Esos procesos de consulta deben ser respetuosos del sistema particular de consulta de cada comunidad, de modo que se pueda establecer relaciones adecuadas y efectivas con las autoridades gubernamentales, los actores sociales, políticos o los terceros interesados²⁸³.

Para la Corte, la obligación de consultar a los pueblos o comunidades indígenas acerca de toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en normas internas o de carácter internacional, al igual que la obligación de garantizar el derecho a participar en las decisiones de los asuntos que conciernen a sus intereses, está relacionado directamente con la obligación general de los Estados de garantizar el libre y

²⁷⁹ Ibid., párr. 159.

²⁸⁰ Ibid., párr. 217.

²⁸¹ Sobre este aspecto la Corte señaló: “En ese sentido, altos tribunales de Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Perú o Venezuela han señalado la necesidad de respetar las normas de consulta previa y de dicho Convenio. Otros tribunales de países que no han ratificado el Convenio No. 169 de la OIT se han referido a la necesidad de llevar a cabo consultas previas con las comunidades indígenas, autóctonas o tribales, sobre cualquier medida administrativa o legislativa que los afecte directamente así como sobre la explotación de recursos naturales en su territorio”, Ibid., párr. 164.

²⁸² Ibid., párr. 160.

²⁸³ Ibid., párr. 165.

pleno ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención. Dicha circunstancia implica el deber de organizar de forma adecuada todas las estructuras gubernamentales, en general, todas aquellas a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal manera que éstas sean capaces de asegurar en el plano jurídico el libre y pleno ejercicio de los derechos. De allí nace la obligación de definir normas e instituciones para permitir que la consulta pueda desarrollarse de forma efectiva, conforme con los parámetros internacionales establecidos para la materia. Así los Estados están en el deber de introducir esos estándares a sus ordenamientos para que los procesos de consulta originen canales de diálogo efectivo y confiable con los pueblos indígenas gracias a su participación y mediante sus instituciones más representativas²⁸⁴.

Los procesos de diálogo y de búsqueda de acuerdos, deben desarrollarse desde las primeras fases de la elaboración o planificación de la medida propuesta, para que los pueblos indígenas tengan la oportunidad de participar y de influir en el proceso de toma de decisiones. Para esto, el Estado debe garantizar que los derechos de los pueblos indígenas sean tenidos en cuenta en cualquier actividad o acuerdo que realice con terceros o con personas privadas y que conlleven a la afectación de sus derechos o intereses fundamentales. Si eso no ocurriese, el Estado debe llevar a cabo labores de control al momento de la aplicación de los estándares internacionales creados para el proceso de consulta y de determinar formas de tutela efectiva a través de los órganos judiciales pertinentes²⁸⁵.

Reitera la obligación del Estado de asegurar la participación de los miembros de un pueblo indígena en los planes de desarrollo o de inversión en su territorio, a través de la consulta con la comunidad, de acuerdo con sus costumbres y tradiciones y en el marco de una comunicación y dialogo permanente entre las partes. Debe llevarse a cabo como un proceso culturalmente adecuado, es decir, a través de procedimientos apropiados con sus prácticas culturales y con sus formas de organización política²⁸⁶. Debe tener como objetivo llegar a un verdadero acuerdo entre los sujetos participantes²⁸⁷. Si se trata de la

²⁸⁴ Ibid., párr. 166.

²⁸⁵ Ibid., párr. 167.

²⁸⁶ Ibid., párr. 201-202.

²⁸⁷ Ibid., párr. 177.

adopción de una medida legislativa, los pueblos indígenas deben ser consultados en todas las etapas de la producción normativa y no deben ser limitadas a propuestas²⁸⁸.

Considera a su vez que, la consulta no puede agotarse en un trámite formal, sino que debe ser un espacio de entendimiento que tenga en cuenta los principios de confianza y respeto mutuo, debe estar alejada de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de terceros que actúen con su autorización y debe cumplir con el requisito de buena fe. En opinión de la Corte, la obligación de consultar es una obligación del Estado, por esa razón, los procesos de planificación y realización de consulta no pueden ser delegados a una empresa privada o a terceros, aún menos a la empresa que está interesada en la explotación de recursos naturales en territorios indígenas²⁸⁹.

²⁸⁸ *Ibíd.*, párr. 180-181.

²⁸⁹ *Ibíd.*, párr. 186-187.

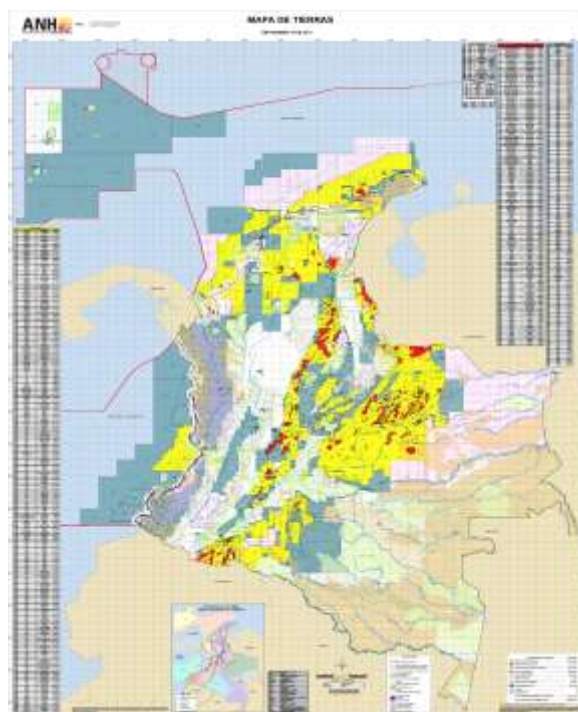
Capítulo III. La consulta previa en el Derecho Colombiano.

“Tenemos un origen y una Ley que no cambia; un territorio sagrado. Nuestro legado es cuidar y manejar de manera responsable todo lo creado”²⁹⁰.

3.1. La visión de los pueblos indígenas de Colombia sobre la consulta previa.

Antes de hacer referencia a la normativa que regula el derecho a la consulta previa en el ordenamiento jurídico colombiano, estimo pertinente tener en cuenta el mapa de tierras elaborado por la Agencia Nacional de Hidrocarburos en el que se especifican las zonas en las que se están realizando exploración y explotación de hidrocarburos; actividades que se desarrollan en áreas habitadas por comunidades indígenas y que claramente influyen en el ejercicio del derecho fundamental a la consulta y a la participación de los grupos étnicos del país.

Datos Agencia Nacional de Hidrocarburos. Mapa de Tierras²⁹¹.



²⁹⁰ OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Voces y palabras mayores de los pueblos étnicos de Colombia sobre el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado*, cit., p. 14.

²⁹¹ El mapa es presentado por GONZALEZ POSSO, Camilo, *Renta Minera, Petróleo, y Comunidades*, INDEPAZ, Bogotá D.C. 2011, p. 94. Ver en detalle en http://www.anh.gov.co/media/asignacionAreas/2m_tierras_250713.pdf.

Las áreas de color amarillo, corresponden a las zonas de exploración de hidrocarburos; se trata de las regiones centro, centro - occidental y norte del país. De conformidad con los datos recogidos por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística de Colombia (DANE) estas zonas albergan al mayor número de población indígena de Colombia. Entre los grupos que mayores violaciones de sus derechos territoriales han sufrido por causa de actividades de extracción en esas regiones del país, han sido los U'wa, los Embera Katio, los Guayabero, los Sikuani, los Nukak y los Wayuu. Con relación a los alcances que genera la presencia de empresas encargadas de extraer recursos naturales en áreas en las que viven comunidades indígenas, en la medida que éstas impiden el pleno ejercicio de sus derechos colectivos, en especial sus derechos territoriales, González Posso afirma,

“Los contratos de exploración o de explotación implican operaciones en extensos territorios que se traslapan con resguardos indígenas, áreas asignadas a consejos de comunidades negras, parques, reservas naturales y ecosistemas frágiles. La coincidencia territorial o traslape es un factor de permanentes tensiones con los grupos sociales directamente implicados”²⁹².

En atención a lo anterior, creo que es relevante considerar cuál es la concepción que tienen los pueblos indígenas acerca del proceso de consulta y de sus principales elementos. Sin embargo, más allá de centrarnos en su concepto- el cual fue explicado en párrafos precedentes-, pondremos especial atención a las condiciones que exigen las comunidades étnicas del país, para que el deber de consulta se celebre en debida forma, apuntando a la preservación de su identidad y por ende de su diversidad cultural, sin olvidar tampoco las situaciones actuales que enfrentan como consecuencia del conflicto armado interno y el desplazamiento forzado.

Para los pueblos Wiwa, Arhuaco, Kankuamo y Kogui ubicados en la Sierra Nevada de Santa Martha, el proceso de consulta previa debe motivar a los Estados²⁹³ a observar

²⁹² GONZALEZ POSSO, Camilo, *Renta Minera, Petróleo y Comunidades*, cit., p. 101.

²⁹³ Los Estados deben cumplir con las siguientes obligaciones en el proceso de consulta: garantizar los medios materiales, políticos y administrativos para efectuar la consulta teniendo en cuenta los principios de transparencia de los pueblos indígenas, asegurar que las entidades o sus funcionarios cumplan un rol de garantes sin llegar a tomar posiciones a favor o en contra de las empresas y los particulares; llevar a cabo procesos de consulta idóneos compatibles con las realidades indígenas; ayudar en la creación de protocolos propios de los pueblos para que puedan interactuar con distintos actores; capacitar a los pueblos en las fases que comprenden la consulta, OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Voces y palabras mayores de los pueblos étnicos de Colombia sobre el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado*, cit., p. 57.

varias garantías específicas, conducidas a la fortificación del gobierno indígena para alcanzar condiciones de igualdad frente a otros actores que intervienen en el procedimiento, el respeto de la forma como sus comunidades realizan la consulta tradicional; la generación de las condiciones económicas, jurídicas y sociales de las instituciones representativas indígenas para encauzar la interlocución con el Estado: el aseguramiento de que las consultas se realicen en los espacios que hayan definido las autoridades tradicionales; el respeto de la unidad política de sus cuatro comunidades indígenas y la no interferencia o la afectación de sus territorios tradicionales sagrados²⁹⁴. Por su parte, el pueblo Nasa del Departamento de Nariño, adujo que cuando fuesen resueltas sus demandas y necesidades alusivas a la constitución, el saneamiento y la clarificación de sus resguardos aceptarían el proceso de consulta. Para esta comunidad indígena es prioritario que antes de la celebración de la consulta previa se garantice el derecho fundamental al territorio²⁹⁵.

La mayoría de los pueblos indígenas del país, señalan que la viabilidad de la consulta previa tiene lugar cuando los proyectos, actos, actividades, iniciativas o medidas legislativas y administrativas que se busca realizar atenten de manera directa o indirecta en su integridad espiritual, cultural, social, económica y ambiental; por consiguiente, cualquier pretensión de intervención en sus territorios debe ser sometida a un dialogo previo tomando como fundamento la propia cosmovisión de los pueblos. En ese orden de ideas, serán objeto de consulta previa: las medidas legislativas y/o administrativas que impacten sus territorios, cultura, vida social, desarrollo propio y espiritualidad; los acuerdos relativos a justicia ordinaria y especial indígena; los actos que involucren reformas constitucionales; los planes de desarrollo a nivel local, regional y nacional; las obras y los denominados megaproyectos; la concesión de títulos mineros, energéticos, para explotación de hidrocarburos y de otros recursos naturales; la adjudicación de tierras a terceros incluso a otros pueblos; la presencia de la Fuerza Pública en sus territorios; los proyectos en el ámbito educativo y etno-educativo; los proyectos referentes a salud,

²⁹⁴ Los pueblos indígenas de Colombia coinciden en afirmar: "El territorio es la esencia de la vida, que es un todo, es la ley del origen es más que un pedazo de tierra y lo legalmente constituido. Nuestro territorio está formado por el entorno natural, espiritual, ancestral y cultural, es articulador de la vida organizativa de los pueblos, no puede dividirse ni fraccionarse, no es un concepto, es nuestro pensamiento. Para nosotros el territorio no es productor de riquezas económicas es productor de vida", *Ibíd.*, p. 33.

²⁹⁵ *Ibíd.*, p. 27.

medicina tradicional o etnosalud y que pretendan ejecutarse por parte de actores externos²⁹⁶.

Igualmente sostienen que debido al vínculo que expresa la fuerza de su origen, historia y derecho propio de cara a su entorno medio ambiental, no podrá desarrollarse el proceso de consulta previa respecto a: los lugares sagrados, zonas de arraigo cultural o los sitios de paz, al igual que los asentamiento especiales donde habitan sus espíritus²⁹⁷; todas las prácticas culturales, los usos y las tradiciones; los actos, proyectos o medidas tendientes a la fragmentación de la territorialidad ancestral, los proyectos, actividades, o medidas que trasgredan la biodiversidad, que causen contaminación o deterioro ambiental del territorio y que afecten lugares tradicionales de reserva, bosques de conservación de flora y fauna, nacimientos de agua, ríos, lagunas, quebradas, cerros, manglares, zonas costeras, montes medicinales y zonas de nacimiento y alimentación de animales; lugares que se considera son de uso colectivo o comunitario como por ejemplo, las zonas de reunión, de proyectos comunitarios, de recolección de plantas y recursos que se usen en prácticas de medicina tradicional; las actividades y las iniciativas creadas y desarrolladas por los mismos pueblos, los proyectos de ley elaborados y expuestos por las mismas comunidades; la explotación del suelo y del subsuelo (comprende actividades como megaproyectos y explotación de hidrocarburos) que expongan la existencia individual y colectiva; los procedimientos que abarcan la transformación de la materia prima según los métodos tradicionales cuando se trata de plantas medicinales o rituales²⁹⁸, además de la concesión de recursos genéticos y de propiedad intelectual; y la reubicación o el reasentamiento incluso cuando se proyecte obtener el consentimiento libre e informado²⁹⁹.

En cuanto a los principios que los pueblos indígenas de Colombia consideran deben ser acatados durante las etapas de la consulta previa se encuentran: el respeto por

²⁹⁶ Ibid., p. 28-29.

²⁹⁷ Con relación a los espíritus es preciso anotar: “Los pueblos aborígenes contemplan la existencia como una mezcla viva de espíritus, naturaleza y personas. Todos son una misma cosa, inseparables e interdependientes: una visión integradora que han compartido los místicos de todos los tiempos. La palabra religión no existe en numerosas culturas, ya que está íntimamente integrada en la vida misma. Para muchos pueblos aborígenes, los espíritus impregnan la materia, la animan”, BURGER, Julián, *Aborígenes: para un futuro de los pueblos indígenas*, cit., p. 64.

²⁹⁸ Cabe resaltar que: “Los pueblos aborígenes trabajan a la vez sobre el cuerpo y la mente para ayudar a curar enfermedades. Se utilizan plantas medicinales para tratar los orígenes espirituales de la enfermedad al tiempo que los síntomas físicos. Su extenso conocimiento de tales plantas empieza ahora a ser reconocido por el resto del mundo. Tal es el papel que juegan los pueblos aborígenes como custodios de la herencia genética del mundo”, Ibid., p. 38.

²⁹⁹ OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Voces y palabras mayores de los pueblos étnicos de Colombia sobre el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado*, cit., p. 33.

el derecho propio, la ley de origen o el derecho mayor, conjuntamente el reconocimiento de la diversidad y del pluralismo jurídico; el reconocimiento y el respeto a la autonomía, el gobierno propio, el derecho a la libre determinación, la potestad de decidir sus formas de organización, administración, uso y preservación del territorio; el respeto de sus autoridades tradicionales, espirituales y políticas y de sus estructuras e instituciones ancestrales; el reconocimiento y la protección de su integridad étnica y cultural como sujetos colectivos; el respeto del derecho al territorio y a la territorialidad y a la libertad de movilizarse en él, la sacralidad de sus tierras debido a la unidad cultural que contemplan con la *Pacha*; el respeto de sus prácticas culturales y de sus formas características para solucionar los conflictos; el reconocimiento de la consulta como un diálogo de carácter intercultural entre pueblos y gobiernos³⁰⁰.

También exigen el respeto de sus tradiciones y procedimientos para realizar la consulta espiritual mediante instrumentos sagrados o plantas como el yagé, la coca, el tabaco u otras formas de vínculo con la naturaleza como el sueño o la adivinación; el respeto de sus formas de participación; el cuidado del bienestar colectivo y del interés comunitario; la no negociabilidad de la vida y de la dignidad de los pueblos; la identificación de los distintos pueblos, de la manera como se auto-identifican, de sus códigos tradicionales que sustentan su organización y convivencia; la capacidad de usar lenguas propias; de fortalecer el principio de solidaridad primordialmente cuando se afecten otros pueblos o poblaciones; la facultad para ejercer sus derechos de objeción cultural y ambiental, por considerar que se destruye a la Madre Tierra o se provocan cambios en sus formas de desarrollo; la presencia de información clara, completa y siempre oportuna del acto, actividad o proyecto, incluyendo el respectivo estudio de impacto ambiental, social y cultural; el respeto del principio de conciencia, es decir, el respeto por los tiempos necesarios para que las comunidades indígenas puedan decidir; el fortalecimiento del principio de responsabilidad de modo que todos los actores cumplan con sus obligaciones, competencias, acuerdos o pactos, manifestando respeto por el proceso, transparencia y sinceridad; comunicación asertiva y con enfoque diferencial; la necesidad de observar el principio de respeto de las opciones particulares de futuro que integren el desarrollo de los pueblos³⁰¹.

³⁰⁰ Ibid., p. 45-46.

³⁰¹ Ibid., p. 46-47.

3.2. Normas constitucionales que resguardan el ejercicio del derecho a la consulta previa.

Sánchez Botero expresa que el reconocimiento de la diversidad cultural por parte del Estado Colombiano a través de la Constitución Política de 1991, ha estado motivada por: a). La transformación de un Estado de derecho a un Estado Social de Derecho. b). La mutación de un Estado monocultural a uno multicultural y multiétnico. c). El paso del reconocimiento del sujeto individual al sujeto colectivo y d). La consagración constitucional de discriminación positiva dirigida al nuevo sujeto de derechos³⁰². En opinión de la autora, el Constituyente colombiano ha buscado en primer lugar, alcanzar la igualdad real para que todos los ciudadanos tengan la oportunidad de ser titulares de derechos fundamentales, en segundo lugar, el descubrimiento de diferencias y diversidades para que sean protegidas y valoradas cuando los grupos así las demanden. Gracias a este catalogo de derechos se ha creado y aplicado estrategias para que los sectores poblaciones excluidos puedan lograr la satisfacción de necesidades básicas y al mismo tiempo ha impulsado mecanismos que sustentan condiciones culturales para amparar las distintas expresiones de modos de vida³⁰³.

Los argumentos presentados por esta autora permiten considerar que los derechos de los pueblos indígenas a disfrutar de sus tierras, territorios ancestrales, recursos naturales y por consiguiente consulta previa, participación y otorgamiento de consentimiento libre e informado, ha sido reconocido por el Estado mediante el artículo 1 de la Constitución Política de 1991, según el cual,

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

El artículo 7 dispone por su parte:

³⁰² SANCHEZ BOTERO, Esther, *Los derechos indígenas en las Constituciones de Colombia y Ecuador en Constitución y derechos indígenas*, Jorge Alberto González Galván (Coord.), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, p. 69.

³⁰³ *Ibíd.*, p.72.

El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.

La protección de la diversidad étnica y cultural es uno de los pilares del ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas de Colombia. Ante su ausencia se desconocería el hecho de que todas las culturas indígenas deben predicar igual dignidad que el resto de las manifestaciones culturales presentes en la sociedad. Este principio ha sido interpretado por la Corte Constitucional de Colombia, en los siguientes términos,

“En este sentido la diversidad étnica y cultural se manifiesta en posibilidades de expresión, mantenimiento e, incluso, profundización de las manifestaciones culturales que contribuyen a la definición de las etnias presentes en el territorio de nuestro Estado. Por eso resultan de vital importancia para su concreción elementos como la educación, las garantías para el uso de su lengua, sus manifestaciones religiosas y, en general, todas aquellas tradiciones que los identifican de la sociedad mayoritaria³⁰⁴”.

Ahora bien, aunque la Carta Constitucional no consagre explícitamente una norma que regule el derecho a la consulta previa, existen varias disposiciones que favorecen el ejercicio de la misma. Entre ellas podemos destacar,

- La subsistencia de los miembros de grupos indígenas en virtud de su derecho a la vida. (Art. 11)³⁰⁵.
- La integridad étnica, cultural, social y económica del grupo como resultado del derecho a la integridad física. (Art. 12)³⁰⁶.
- La obligación del Estado y de todos los habitantes colombianos de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación³⁰⁷. (Art. 8). Esto significa que corresponde

³⁰⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia C-063 de 2010*, p. 22.

³⁰⁵ SEMPER, Frank, *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2006, p. 766.

³⁰⁶ *Ibid.*, p. 766.

³⁰⁷ Coincido con Restrepo cuando infiere que existe una clara relación entre las riquezas naturales y culturales de una región determinada, debido a que: “El ser humano no se ajusta al medio que lo rodea de manera inmediata, sino a través de las formas organizativas de la cultura, las que a su vez se organizan con base en el trabajo y su plataforma instrumental. La cultura es una organización variable y maleable que reúne diferentes mecanismos de adaptación (instrumentos físicos, sociales o simbólicos) los cuales le permiten equilibrar o manejar los efectos directos del medio externo”, RESTREPO, Héctor, *Cambio Social para el Desarrollo*

al gobierno la preservación de todas y cada una de las expresiones de diversidad cultural que existen en el país, esto es, la conservación de las costumbres, tradiciones, prácticas culturales, formas de organización e instituciones de los distintos grupos minoritarios de la sociedad colombiana. Igualmente la defensa de la diversidad biológica, los ecosistemas y otras unidades de sensibilidad ecológica³⁰⁸.

- El reconocimiento oficial de las lenguas y los dialectos de los pueblos indígenas. Al igual que la enseñanza bilingüe en las comunidades que tienen tradiciones lingüísticas propias. (Art. 10).

- La declaración del derecho a la igualdad ante la ley sin discriminación por razones de raza, origen, lengua, religión, libertad de conciencia o creencias. (Arts. 13, 18, 19 y 20).

- La participación en el ejercicio y control del poder político, con el fin de alcanzar la efectividad de sus derechos. (Art. 40).

- La consagración de que las tierras comunales de los grupos indígenas y las tierras de resguardo³⁰⁹ son inalienables, inembargables e imprescriptibles. (Art. 63). Dichas características contribuyen a la preservación de las culturas indígenas y también al mantenimiento de sus valores espirituales³¹⁰.

- La consagración de las diferentes manifestaciones culturales como fundamento de la nacionalidad colombiana. Denominada por algunos autores como principio de igualdad de las culturas³¹¹. (Art. 70).

- La declaración del derecho a que los grupos étnicos tengan una formación que favorezca el respeto y el desarrollo de su identidad cultural. (Art. 68).

Sostenible Medio Ambiente y escenarios de conservación, Modulo 3, Pontificia Universidad Javeriana Cali, WWF Colombia y Colectivo Interétnico, Santiago de Cali, 2007, p. 39.

³⁰⁸ *Ibíd.*, p. 12.

³⁰⁹ Al respecto Semper explica: “Desde el punto de vista de la dogmática constitucional, la propiedad comunitaria del *resguardo* está sujeta a la sistemática de contenidos y barreras según el artículo 58 de la C.P., como está vigente también para la propiedad privada. En la jurisprudencia constitucional, el derecho a propiedad de *resguardo* se emplea prácticamente en forma equivalente al derecho de los indígenas a una existencia segura. De esta manera se desdibujan los contornos específicos del derecho fundamental de la propiedad, que pasa casi por completo a un segundo plano frente al ámbito de aplicación del derecho fundamental a la vida (en forma de la subsistencia) y el derecho fundamental a la integridad étnica, social, cultural y económica”, SEMPER, Frank, *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, cit., p. 769.

³¹⁰ *Ibíd.*, p. 767.

³¹¹ SANCHEZ BOTERO, Esther, *Los derechos indígenas en las Constituciones de Colombia y Ecuador en Constitución y derechos indígenas*, cit., p. 77.

- El establecimiento del derecho a la protección especial del patrimonio arqueológico existente en sus territorios. (Art. 72).
- La obligación de hacer prevalecer en el ordenamiento jurídico interno los tratados de derechos humanos, entre ellos, el Convenio No. 169 de la OIT. (Art. 93).
- La consagración del derecho a participar en las decisiones administrativas o legislativas que puedan afectar el medio ambiente en sus territorios. (Art. 79).
- La participación en el Senado de la República de personas que pertenezcan a comunidades indígenas elegidas a nivel nacional (Art. 171), lo cual facilita la representación de los pueblos indígenas ante el Estado y en cierta medida la satisfacción de sus demandas y exigencias particulares.
- El establecimiento de funciones jurisdiccionales para las autoridades indígenas dentro de sus territorios, según sus propias normas, procedimientos y siempre y cuando no sean contrarias a la Constitución, es decir, el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena. (Art. 246).
- La consagración de que los resguardos indígenas constituyen propiedad colectiva que no puede ser enajenada. (Art. 329).
- La participación de los representantes de comunidades indígenas, en la conformación y delimitación de las entidades territoriales que sean determinadas en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial. (Art. 329).
- El reconocimiento del derecho a la autonomía política, en la medida que los territorios indígenas pueden ser gobernados por autoridades indígenas de conformidad con sus usos y costumbres, que les permite controlar la aplicación de la legislación relativa al uso del suelo y el poblamiento de sus territorios; el diseño de políticas, planes y programas de desarrollo económico en el interior de sus territorios, la promoción de inversiones públicas para sus comunidades, la distribución de sus recursos, la conservación de los recursos naturales, la coordinación de programas y proyectos que hayan sido creados por habitantes de sus territorios, la representación de sus territorios ante el Gobierno Nacional y sus entidades principales. (Art. 330).
- La declaración de que la explotación de los recursos naturales de los territorios indígenas no debe realizarse vulnerando su integridad cultural, social y

económica. En ese supuesto, el Estado tiene la obligación de garantizar la participación de los representantes indígenas de las comunidades que posiblemente lleguen a afectarse con dichas actividades. (Art. 330, parágrafo).

- El reconocimiento del derecho de las entidades territoriales sobre sus recursos naturales y la participación de regalías y compensaciones cuando se desarrollen proyectos de explotación en sus territorios (Art. 360).

3.3. Disposiciones legales que regulan el derecho a la consulta previa.

Si bien no existe una reglamentación dirigida específicamente al derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas del país, es decir, una ley que regule este derecho, existen algunos cuerpos normativos que tratan temas referentes a su ejercicio y garantías como derecho fundamental. Entre estos se encuentran:

3.3.1. Ley 21 de 1991.

Mediante esta disposición se aprueba el Convenio No. 169, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. La norma establece la obligación del Estado Colombiano de celebrar consultas de buena fe con las comunidades indígenas del país, mediante procedimientos adaptados a sus tradiciones culturales³¹², a través de sus instituciones representativas cuando se presenten medidas legislativas o administrativas que vulneren sus derechos fundamentales, facilitando la libre participación de todos los sectores de la población indígena y logrando el acuerdo o el consentimiento respecto de las medidas que se proponen. (Art. 6). Así mismo el deber del Estado de asegurar que se realicen estudios en cooperación con los pueblos, con el fin de determinar la incidencia social, espiritual, cultural y sobre el medio ambiente que provoquen las actividades o medidas planeadas en la vida de los pueblos. (Art. 7).

Consagra simultáneamente los derechos de las comunidades indígenas a que se protejan especialmente los recursos naturales existentes en sus tierras; dichos derechos

³¹² Sobre todo observando la denominada ley de origen; definida como: “la ciencia tradicional de la sabiduría y el conocimiento ancestral indígena, para el manejo de todo lo material y espiritual, cuyo cumplimiento garantiza el equilibrio y la armonía de la naturaleza, el orden y la permanencia de la vida, del universo y de nosotros mismos como pueblos indígenas guardianes de la naturaleza, regula las relaciones entre los seres vivientes desde las piedras hasta el ser humano, en la perspectiva de la unidad y la convivencia en los territorios ancestrales legados desde la materialización del mundo”, ANDRADE, Luis, citado en OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta libre, previa e informada, Una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los Derechos Humanos*, cit., p. 31.

abarcen su utilización, administración y conservación. En virtud de estos, el gobierno de Colombia debe establecer procedimientos o mecanismos encaminados a consultarles antes de realizar o autorizar programas de prospección o de explotación de los recursos de sus tierras. (Art. 15).

3.3.2. Decreto 1320 de 1998³¹³.

Este Decreto reglamenta el derecho de consulta previa con las comunidades indígenas y negras del país para la explotación de recursos naturales dentro de su territorio³¹⁴. A pesar de que los órganos de Control de la Organización Internacional del Trabajo, han solicitado al Gobierno Nacional que modifique este decreto porque no ha sido consultado con los pueblos indígenas en búsqueda de su armonización con el Convenio No. 169³¹⁵, dicho cuerpo normativo nacional sigue vigente y se caracteriza por definir la consulta previa como el proceso que tiene como finalidad el análisis del impacto económico, ambiental, social y cultural que se puede causar a una comunidad indígena o negra como consecuencia de la explotación de recursos naturales en su territorio, es decir, cuando estas actividades pretendan desarrollarse en zonas de resguardo, reservas indígenas o zonas adjudicadas en propiedad colectiva a comunidades negras, también en zonas que no se encuentren tituladas y sean habitadas regularmente por estas comunidades. (Art. 2).

Según esta norma, la consulta previa debe llevarse a cabo cuando se discutan licencias ambientales o planes de manejo ambiental; documentos de evaluación y manejo ambiental; permisos de uso, aprovechamiento o afectación de recursos naturales renovables.

En el primer caso, los responsables del proyecto, actividad u obra que realicen el proceso de consulta, deben elaborar los estudios de impacto ambiental con los representantes legales o las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas. Los estudios de impacto ambiental deberán incluir aspectos relacionados con el ámbito

³¹³ Colombia, Decreto 1320 de 1998, de 13 de julio, Diario Oficial No 43.340, del 15 de julio de 1998.

³¹⁴ Cabe resaltar que el Consejo de Administración de la OIT "Ante la reclamación presentada por la Central Unitaria de Trabajadores, adoptó el informe del Comité Tripartito, y manifestó que esta normativa no se expidió de conformidad con lo establecido en el Convenio 169, pues no se consultó a los pueblos indígenas y tribales concernidos directamente con la misma", CONSULTORIA PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DESPLAZAMIENTO (CODHES), *El derecho fundamental a la consulta previa: línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en la materia*, cit., p. 47.

³¹⁵ OIT, *Aplicación del Convenio 169 de la OIT por Tribunales Nacionales e Internacionales en América Latina*. Una recopilación de casos. Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT, Departamento de Normas internacionales del Trabajo, 2009, p. 72.

socioeconómico y cultural de las comunidades indígenas, incluyendo además un diagnóstico ambiental de alternativas y un plan de manejo ambiental en el que se identifiquen no sólo los posibles impactos sociales, económicos y culturales del proyecto, sino también las medidas que faciliten la prevención, corrección, mitigación, control o compensación de los impactos. (Art. 5-6).

Las autoridades competentes deben verificar la participación de las comunidades en el estudio de impacto ambiental dentro de los quince días siguientes a la solicitud de licencia ambiental o de la definición del plan de manejo ambiental. A su vez deben citar a la reunión de consulta previa que tendrá lugar dentro de los treinta días siguientes en el lugar donde habitan las comunidades. (Art. 12). En ella deberán estar presentes los siguientes organismos: la autoridad ambiental competente, el Ministerio del Interior, la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo. (Art. 12-13). Cuando se afecten a varias comunidades de una zona en específico, deberá celebrarse la consulta con cada una de ellas en una sola reunión. Tendrá que celebrarse en idioma castellano y con traducción a las lenguas propias de los pueblos indígenas afectados. (Parágrafo 1 y 2 Art. 13).

Durante la reunión de consulta se debe seguir el siguiente procedimiento: 1). La persona responsable del proyecto, plan o medida deberá exponer a las comunidades indígenas el contenido del estudio ambiental, profundizando en los impactos que dichas actividades producirán en sus comunidades, al igual que las propuestas de manejo de los mismos. 2). Se escuchará la opinión de los representantes indígenas al respecto. c). Si existe acuerdo con relación al impacto y las medidas para mitigarlo se finalizará la reunión y se suscribirá una acta d). Si no existe acuerdo se debe suspender la reunión para que las partes evalúen detenidamente las propuestas. e). Si definitivamente no existe acuerdo se terminará por completo la reunión y la autoridad ambiental decidirá sobre el tema en el acto que otorgue o niegue la licencia ambiental. f). Si alguna comunidad afectada no asiste, deberá justificar su inasistencia; si ésta es inválida se entenderá que está de acuerdo con las medidas propuestas. g). Si la inasistencia es justificada, deberá programarse otra reunión dentro de los quince días siguientes para promover de nuevo el consenso. (Art. 13).

Cuando se busquen permisos para usar, aprovechar o afectar recursos naturales renovables el responsable del proyecto, plan o actividad deberá adjuntar a la solicitud las certificaciones de las autoridades encargadas de intervenir en el proceso. La autoridad

ambiental debe comunicar sobre la solicitud al Ministerio del Interior para que se empiece a coordinar el proceso de consulta. Al momento de determinarse la necesidad de la consulta se debe convocar a una reunión en la que tendrán que participar la parte interesada, los representantes de las comunidades indígenas y el Ministerio del interior, así como también la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación y cualquier otra autoridad interesada. La reunión se celebrará casi que en los mismos términos establecidos en el artículo 13 de la norma. (Art. 15-16). La decisión acerca de la concesión o no de la licencia ambiental, o permiso de uso, aprovechamiento o explotación tendrá que ser comunicada en debida forma a los representantes de las comunidades indígenas. (Art.19).

3.3.3. Directiva Presidencial 01 de 2010³¹⁶.

A través de esta Directiva el Gobierno Nacional establece garantías para ejercer el derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos de Colombia. De acuerdo con este cuerpo normativo, la consulta se desarrolla antes de la ejecución o realización de cualquier proyecto que incida en la vida de los grupos indígenas o que vulneren sus derechos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los instrumentos sobre la prevención de la discriminación. En ese orden, establece aquellos supuestos en los que debe celebrarse el proceso de consulta previa,

- La expedición de medidas legislativas o administrativas que conciernan de forma directa a los pueblos indígenas y que expongan al momento de su aplicación la integración de un enfoque diferencial.
- La prospección o explotación de recursos naturales en territorios indígenas.
- La enajenación de tierras o actos que impliquen la transferencia de sus derechos sobre las tierras, en los casos en los que existan problemas con los procesos de titulación colectiva, ampliación o saneamiento de tierras.
- La organización y el funcionamiento de programas de formación profesional que sean de aplicación general.

³¹⁶ Colombia, Directiva Presidencial 01 de 2010, de 26 de marzo de 2010.

- La enseñanza a los niños indígenas a leer y a escribir en su propia lengua o en la lengua que predomina en el grupo al que pertenecen.
- El desarrollo, incremento o transformación de la malla vial en territorios étnicos.
- La formulación, diseño o ejecución de proyectos de investigación en cabeza de entidades públicas que tengan que ver con recursos naturales, bióticos, económicos, culturales o religiosos de los grupos indígenas.
- Las acciones de erradicación de cultivos ilícitos que afecten a la población indígena³¹⁷.
- Las medidas acerca de la salud y la enfermedad de los pueblos indígenas, salvo en situaciones de emergencia en donde se vea comprometido el derecho a la vida.
- Las medidas prioritarias respecto al proceso de desarrollo de algunas comunidades indígenas.
- Las medidas legislativas que requieran la introducción de particularidades de acuerdo con las costumbres o el derecho consuetudinario de los grupos étnicos siempre que se aplique una medida legislativa general.

Los eventos en los que no se puede realizar consulta previa son:

³¹⁷ Los efectos que ocasiona la fumigación de cultivos ilícitos en territorios indígenas son –entre otros- los principales causantes de la violación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, así lo describen los mismos miembros de estas comunidades étnicas: “Siendo aproximadamente las 10:30 de la mañana un ruido se sintió en cielo de nuestro territorio, eran nuevamente avionetas fumigando todo lo que encuentran a su paso, en esta ocasión las principales víctimas del hecho fueron nuestros niños y niñas Awá, debido a que gran parte del químico cayó en el centro educativo, lugar donde se encontraban recibiendo sus clases, es triste e inconcebible pensar el daño que le están haciendo al futuro de nuestro pueblo, someter a nuestros niños y niñas a una descarga de glifosato, eso no tiene ninguna explicación y demuestra la falta de compromiso que tiene este gobierno nacional con la pervivencia de nuestro pueblo indígena Inkal Awá. El resguardo Peña la Alegría se encuentra ubicado en el municipio de Tumaco, este Resguardo cuenta con dos Comunidades Agua Blanca y Peña la Alegría, dentro de él viven aproximadamente 35 familias, 176 personas, de este número de habitantes 85 son menores de edad que se encuentran estudiando, 65 de ellos fueron hoy fumigados, esto no tiene razón de ser. Además de lo antes mencionado, muchos de los cultivos de pan coger como el chiro, yuca y maíz fueron destruidos, las pocas fuentes hídricas que tenemos quedaron contaminadas, generando temor en nuestros hermanos y hermanas debido a que no tenemos servicio de agua potable para el consumo humano cerca de estas comunidades”, *Colombia: FFAA fumigan escuela del pueblo Awá*, en *Actualidad Étnica*, 01 de septiembre de 2013, disponible en http://actualidadetnica.com/index.php?option=com_content&view=article&id=8799:ffaa-fumigan-escuela-del-pueblo-awa&catid=35:indigenas&Itemid=74. [Consulta: 25 de septiembre de 2005].

- Medidas legislativas o administrativas que no afecten a los pueblos indígenas de manera directa, como por ejemplo, medidas fiscales que no los impliquen, medidas penales, procesales o civiles que hagan parte de la jurisdicción ordinaria u otro tipo de situaciones que no influyan en su calidad de vida.

- Medidas que comprendan el mantenimiento de la malla vial existente, siempre que existan planes de manejo ambiental para mitigar los impactos que perjudiquen a los pueblos indígenas.

- Medidas urgentes en el ámbito de salud, epidemias, desastres naturales o violación de derechos humanos.

Destaca por una parte, el hecho consistente en que si bien es cierto que el proceso de consulta previa tiene carácter obligatorio de conformidad con las normas internacionales, también lo es que su ejercicio no puede significar el veto al desarrollo de proyectos a nivel nacional. Por otro, que en cualquier caso debe procurar llegar a un acuerdo entre las partes acerca de las características del proyecto y el manejo de los impactos.

Capítulo IV. El derecho a la consulta previa en la construcción jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia.

“La gente de Urrá son los nuevos jenzera que quieren mezquinar el agua y el pescado, pero hacia fuera hablan de desarrollo y progreso para todos, cosa que es un engaño³¹⁸”.

4.1. El derecho a la consulta previa como expresión de diversidad étnica y cultural y derecho fundamental.

Si establecemos como punto de partida el hecho de que el multiculturalismo en contraposición al uniculturalismo asume y transforma el reconocimiento social e institucional de la diversidad cultural y de sus correspondientes bienes culturales, sin buscar reducirla a una sola comunidad, y, admitiendo la pluralidad de comunidades culturales existentes en un Estado a través de dos premisas: la no exclusión y la integración social³¹⁹; podemos inferir que el reconocimiento de la diversidad cultural constituye un principio fundamental en la caracterización de las sociedades democráticas actuales, siempre que comprendamos que la reciprocidad en el reconocimiento de cada cultura, y en el de la alteridad fortalecen un escenario de dialogo que contribuye a solucionar diferencias y a terminar con la desigualdad social y económica de ciertos grupos poblacionales³²⁰. Ese punto de partida, está alejado de posiciones de carácter paternalista, asimilacionista, segregacionista o que invisibilizan y discriminan al diferente³²¹.

De Lucas sostiene que el respeto del pluralismo es el efecto directo de las democracias en una sociedad multicultural³²². La protección del pluralismo implica una

³¹⁸ PERNÍA DOMICÓ, Kimy, *Kimy, palabra y espíritu de un río, Kimy, bed'ea jauri ome dod' ebena*, Efraín Jaramillo (Comp.), IWGIA, Colectivo de Trabajo Jenzerá, Bogotá, D.C., 2011, p. 25-28.

³¹⁹ REAL ALCALÁ, Alberto, *Conflicto cultural: Opciones de gestión y Estado de Derecho*, en Estudios y Debates sobre multiculturalismo y derecho indígena desde las visiones México – España, cit., p. 128.

³²⁰ FARIÑAS DULCE, María José, *Las fronteras identitarias*, cit., p. 51.

³²¹ OLIVA, Daniel, *Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural*, cit., p. 78.

³²² DE LUCAS, Javier, *La Multiculturalidad*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001. cit., p. 64.

concepción amplia de tolerancia, dignidad humana y libertad³²³. La consolidación de democracias cívicas y culturales implica –como afirma Oliva- la fortificación de una autentica participación en la ciudadanía intercultural que asegure el respeto a la diversidad y a la identidad de las comunidades diferenciadas en un contexto de justicia social e igualdad de oportunidades, que favorezca al mismo tiempo la incorporación de las diversidades culturales en distintos sectores de la vida política, social, y cultural, y, sin que ello signifique que los grupos etnoculturales diferenciados pierdan su identidad cultural en un espacio de constante interacción social³²⁴.

Lo que demanda el mandato democrático del Estado actual es reconocer la naturaleza multicultural de las comunidades con el objetivo de incentivar la construcción de un modelo político que proteja la diversidad cultural. Quizás la razón de esa afirmación encuentre asidero en la consideración expuesta por Clavero según la cual, el derecho a la cultura propia pone de manifiesto la obligación que debe asumir el Estado, de garantizar que el ser humano goce pacíficamente de la cultura que lo individualiza pero también que lo socializa, de modo que el grupo humano que se identifique con ella, pueda gozar de unas mínimas condiciones para reproducirse³²⁵. Se trata de forjar el reconocimiento de la diversidad cultural garantizando los derechos sociales y los derechos políticos en torno a la igualdad, igualdad guiada a considerar no solo que somos seres humanos que merecemos protección universal, sino a tener en cuenta que no se puede perder la individualidad y autonomía de cada sujeto, de cada colectivo, pues eso llevaría a olvidar su especificidad, sus condiciones y características de vida particular. Busca satisfacer las peticiones de los agentes que integran la diversidad a partir del reconocimiento como sujetos y como partícipes de la vida política, social, económica y por supuesto cultural. Una democracia auténticamente pluralista “debe tener en cuenta las asimetrías existentes entre los miembros de la comunidad política en razón de la diversidad cultural o nacional, pero no renuncia a discriminar entre ellas, a distinguir entre diversidad como hecho e

³²³ Existen autores que desde mi concepción alientan el desconocimiento de los principios que refuerzan el respeto de la diversidad cultural: “El indigenismo inculca en los pueblos indígenas una mentalidad victimista y revanchista que no favorece la concordia nacional y, ni siquiera contribuye a su efectiva promoción social. Se acostumbra a atribuir todos sus males a la opresión secular- primero española, y después criolla y, por tanto, a esperar una reparación de algún redentor exterior (el Estado antiimperialista indigenista) en lugar de buscar soluciones por sí mismo”, CONTRERAS PELAEZ, Francisco, *Los derechos indígenas en las nuevas constituciones hispanoamericanas*, en Derechos y Libertades, Época II, Enero de 2012, p. 106.

³²⁴ OLIVA, Daniel, *Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural*, cit., p. 78.

³²⁵ CLAVERO, Bartolomé, *Desprestigio de políticas indigenistas y prestigio de derechos humanos*, Estudios y Debates sobre multiculturalismo y derecho indígena desde las visiones México – España, cit., p. 41.

igualdad como respuesta normativa, que en esas sociedades multiculturales será igualdad compleja, la que exige tratar de modo desigual situaciones que lo son, en aras de una igualdad que no sea ni homogeneidad ni pura fórmula vacía (igualdad puramente formal)³²⁶. En otros términos, tener en cuenta la igualdad cuando personas o grupos son discriminados por su diferencia y tener en cuenta el derecho a la diferencia cuando la igualdad pone en riesgo su identidad³²⁷.

Democracia y sociedad multicultural-plural o diversa en el Estado actual se conjugan con el propósito de defender la identidad³²⁸ de los colectivos excluidos, defenderla como un sistema estructural de valores comunes de percepción, acción o concepción que aprueben el acuerdo de prácticas y que sobrepasen la mirada del mundo de manera unitaria tal y como la visualizan los individuos en sentido subjetivo. Apuntan a la elaboración de una identidad como proceso de construcción de un sistema de acción.³²⁹ Así como anota Tejerina, “Individuos y grupos contribuyen a la formación de un “nosotros” poniendo en común y tratando de concertar tres órdenes de orientaciones: las relativas a los fines de las acciones (el sentido que la acción tiene para el actor), las relativas a los medios (posibilidades y límites de la acción) y las relativas a las relaciones con el entorno (el ámbito en que la acción tiene lugar)³³⁰”. Pero, sin olvidar que en esa relación también debe estar presente la protección de los derechos humanos, porque si la democracia procura preservar la identidad bajo esos términos, se reducirá a un legalismo formal, la adhesión de personas y grupos a un conjunto de reglas de naturaleza formal sólo garantizará el invisible papel de las diversidades en la sociedad³³¹.

Con fundamento en la visión del reconocimiento de la multiculturalidad y la intrínseca relación que se predica con la democracia, la Corte Constitucional de Colombia establece como fase inicial de la construcción y aceptación de la alteridad, la adopción de

³²⁶ DE LUCAS, Javier, *La Multiculturalidad*, cit., p. 90.

³²⁷ GOMEZ ISA, Felipe, *Diversidad cultural y derechos humanos desde los referentes cosmovisionales de los pueblos indígenas*, cit., p. 290.

³²⁸ Tejerina describe: “La identidad funciona como un principio generador de prácticas distintas y distintivas, pero también son esquemas clasificatorios, principios de clasificación. Al igual que sucede con el hábitus, lo esencial es que cuando las identidades son percibidas a través de estas categorías sociales de percepción de estos principios de visión y de división, las diferencias en las prácticas en los bienes poseídos, en las opiniones expresadas, se convierten en diferencias simbólicas y constituyen un auténtico lenguaje. Los bienes, las prácticas y las maneras funcionan como signos distintivos”, TEJERINA, Benjamín, *Teorías contemporáneas de la acción y teoría de la identidad*, Las encrucijadas de la diversidad cultural, ARIÑO, Antonio, (Edit.), Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2005, p. 131.

³²⁹ *Ibíd.*, p. 132.

³³⁰ *Ibíd.*, p. 133.

³³¹ MARTINEZ DE BRINGAS, Asier, *Derechos Humanos y diversidad (es) cultural (es). Los retos de la interculturalidad*, cit., p. 127-128.

una conciencia clara acerca de injusticias históricas sufridas por grupos sociales que por mucho tiempo han sido discriminados por razones de etnia, raza y cultura, que han dado origen a la adopción de la forma política del Estado Social del Derecho, en donde la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación por los motivos antes mencionados no tiene cabida y donde se hace imprescindible adoptar medidas de naturaleza positiva para superar aquellos patrones tradicionales de exclusión, y así proteger a las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad o en condiciones de debilidad manifiesta.

La consecuencia que sobresale en el marco de esa realidad social, permitió que la Constitución de 1991, elevara como principios rectores del Estado Colombiano, la pluralidad y la participación, consagrando la obligación de reconocer y proteger la identidad cultural y el respeto igual de todas las culturas del país en virtud de la dignidad que todas ellas profesan. Así pues, el Estado logra descubrirse como un conglomerado de grupos sociales que son diferentes culturalmente y por ello valora de forma positiva esa diferencia considerándola un bien al que se debe proteger constitucionalmente³³². En ese orden, la Corte considera que de los artículos 1 y 7 de la Constitución se derivan los derechos a la protección de la riqueza cultural de la Nación, a la autodeterminación de los pueblos, a la oficialidad de lenguas y dialectos de comunidades étnicas, al respeto de la identidad a nivel educativo, al respeto de la cultura como fundamento de la nacionalidad colombiana, al reconocimiento de la igualdad y dignidad de todas las culturas y a la defensa del patrimonio arqueológico de la Nación³³³.

Para esta Corte, el reconocimiento de la participación democrática como fundamento del Estado constitucional y la ineludible necesidad de preservar la identidad de comunidades étnicas tradicionales, da lugar a que el Estado adquiriera una serie de obligaciones que deben ser consonantes con el respeto de la diversidad cultural de estos grupos sociales. Entre esas se encuentran la necesidad de crear espacios adecuados de participación en las decisiones que alteren sus intereses fundamentales o identidad como grupo diferenciado. Para cumplir con esa obligación, la Carta Constitucional establece el derecho de los pueblos indígenas a conformar sus entidades territoriales con la participación de sus representantes tradicionales, la naturaleza colectiva y no enajenable de la propiedad territorial indígena, el deber de explotar los recursos naturales de los

³³² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia T- 903 de 2009*, p. 12.

³³³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia T-778 de 2005*, p. 19.

territorios indígenas sin provocar daños a su integridad cultural, social y económica y sin lugar a dudas el derecho a intervenir en las decisiones que los afectan³³⁴.

La protección constitucional a la que se refiere la Corte puede identificarse en el hecho de reconocer que las comunidades étnicas al ser un grupo de familias de ascendencia amerindia identificados por rasgos y valores propios provenientes de su pasado colonial que poseen formas de gobierno y control social conformes a sus costumbres y tradiciones y que los diferencia de otros grupos poblacionales, tienen derecho a la constitución de resguardos autónomos e independientes, de manera que asciendan como asociaciones diferenciadas que desarrollan su cultura y valores espirituales a través del derecho de propiedad colectiva, en la medida en que:

"Sin este derecho los anteriores (derechos a la identidad cultural y a la autonomía) son sólo reconocimientos formales. El grupo étnico requiere para sobrevivir del territorio en el cual está asentado, para desarrollar su cultura. Presupone el reconocimiento al derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales ocupados y los que configuran su hábitat³³⁵".

El derecho de propiedad colectiva evidentemente constituye una manifestación del derecho a la diversidad cultural de los pueblos indígenas, y por lo tanto, del derecho a la consulta previa; porque como ya lo he mencionado varias veces, estas comunidades expresan tener una relación especial con la tierra, relación que sustenta de forma amplia su propia cosmovisión sobre la vida, el hábitat y las relaciones comunitarias³³⁶. La propiedad colectiva que los pueblos indígenas ejercen sobre sus resguardos, adquiere el carácter de derecho fundamental debido a que no sólo esos territorios son su principal medio de subsistencia, sino también debido a que hacen parte de su cosmovisión y religiosidad³³⁷. La concepción holística del territorio, permite entender que la explotación de recursos naturales de territorios ancestrales conforman su esfera vital y la forma de relacionarse con el medio ambiente y con su herencia cultural y socio-económica³³⁸. La

³³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia C- 175 de 2009*, p. 35.

³³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia T-188 de 1993*, p. 10.

³³⁶ En el caso Yakie Axa, la Corte IDH explicó que los derechos territoriales: "abarcen un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural", Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakie Axa vs. Paraguay*, párr. 146.

³³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia T-188 de 1993*, p. 6.

³³⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia C-891 de 2002*, párr. 14.

protección del territorio de los pueblos indígenas es comprendida como un mecanismo para garantizar su supervivencia, sobre todo en los casos en los que se presenten intervenciones para ejecutar proyectos de desarrollo que perjudiquen sus tradicionales modos de vida. En ese orden, el territorio abarca:

“Las áreas tituladas, habitadas y explotadas por una comunidad-por ejemplo bajo la figura del resguardo-, sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades culturales y económicas, de manera que se facilite el fortalecimiento de la relación espiritual y material de estos pueblos con la tierra y se contribuya a la preservación de las costumbres pasadas y su trasmisión a las generaciones futuras”³³⁹.

La sentencia T- 380 de 1993, cataloga a las comunidades indígenas como sujetos de derechos fundamentales. Los titulares no solo son los miembros individuales sino la comunidad en sentido integrador, en tanto adquiere singularidad a través de la reproducción de derechos colectivos que no deben ser confundidos con los de otras entidades humanas. La citada decisión indica la necesidad de reconocer en la cultura el pilar de la construcción de la identidad de las comunidades étnicas. La defensa de la diversidad cultural sustenta entonces:

“La alteridad ligada a la aceptación de multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental. Algunos grupos indígenas que conservan su lengua, tradiciones y creencias no conciben una existencia separada de su comunidad. El reconocimiento exclusivo de los derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracias, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural.”³⁴⁰.

Debo destacar que lo valioso de estos dos pronunciamientos radica en primer lugar, en el reconocimiento de las comunidades indígenas como sujetos colectivos diferenciados por características culturales que merecen protección constitucional, especialmente su propiedad colectiva, debido a que este derecho constituye la base de su pervivencia. En segundo lugar, la concesión de derechos fundamentales a la comunidad

³³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia T-693 de 2011*, p. 47.

³⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia T-380 de 1993*, p. 14.

en el sentido de colectividad y el reconocimiento de los valores culturales indígenas como promotores de la identidad de todo un pueblo.

Varios fallos de la Corte Constitucional subrayan el deber de las instituciones estatales de lograr la consolidación de la autonomía de las comunidades indígenas y el respeto de su diversidad étnica y cultural principalmente en el ámbito relacionado con el uso, explotación y administración de sus territorios. En la sentencia C-418 de 2002³⁴¹, se contempla la protección de los valores étnicos y culturales de las comunidades indígenas, a partir de la preservación de sus territorios y el control de las decisiones que afecten la explotación de sus tierras y recursos naturales. Según la Corporación, la participación de las comunidades en ese ámbito permite garantizar sus derechos económicos, sociales y culturales. Tal participación implica la intervención de todos los habitantes de la comunidad, al igual que las autoridades que los representan. Considera que dicha participación se vincula al derecho de consulta previa. La consulta –expresa- es trascendental en la defensa del derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas, pues abarca el resguardo de sus territorios, recursos naturales y medio ambiente, en el sentido de valoración positiva que realizan los indígenas del lugar en el que habitan. La consulta alcanza una importancia tal, porque constituye un nodo entre los principios de pluralismo, diversidad cultural y reafirmación identitaria propia de un grupo cultural dentro de una sociedad, pues la transforma en un elemento que determina su identificación comunitaria, luego adquiere el carácter de derecho fundamental, porque apoya el ejercicio de otros derechos que le son indispensables, como los que están relacionados con la subsistencia como grupo diferenciado, la identidad cultural y la propiedad³⁴².

La consulta previa es definida como el resultado del replanteamiento de la relación presente entre las culturas mayoritarias y los grupos indígenas, cuya principal característica es el abandono de un criterio de asimilación que ha dado lugar a la

³⁴¹ En cuanto a esta decisión la OIT manifiesta: “La sentencia ofrece un buen resumen de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en materia de derecho a la consulta, reiterando los alcances de ese derecho, y destacando su raigambre constitucional (y su fundamento en el Convenio núm. 169 de la OIT). Al aplicar los principios al caso, el tribunal efectúa una interpretación integradora de la norma impugnada: declara su compatibilidad con la constitución en la medida en que se la interprete en el sentido de requerir la realización de una consulta previa con las comunidades interesadas antes de que la autoridad minera ejerza las facultades que la norma le concede. De acuerdo con esta interpretación, si bien la consulta no se menciona expresamente en el artículo impugnado, su texto no impide la aplicación de las normas constitucionales y del Convenio 169 que obligan a la realización de una consulta cuando se tomen decisiones que puedan afectar los derechos e intereses de un pueblo o comunidad indígena. La doctrina se ha repetido en sentencias posteriores (ver, por ejemplo, Sentencia C-891-00, de 22 de octubre de 2002)”, ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *La aplicación del Convenio Núm. 169 por tribunales nacionales e internacionales en América Latina*, cit., p. 88.

³⁴² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia C- 063 de 2010*, p. 30.

adopción del reconocimiento, la promoción y la garantía de la identidad cultural de las comunidades étnicas. Dicha identidad cultural ha sido concebida como el pilar de un Estado Social y Democrático, y ha encontrado fundamento en cuerpos normativos nacionales, al igual que en instrumentos internacionales de marcada tendencia pluralista e inclusiva, como el Convenio No. 169 de la OIT; el cual dentro de sus principales fines contempla la reafirmación de la identidad de las comunidades indígenas y también el derecho a participar en su desarrollo económico, social, político y cultural³⁴³. Ese instrumento de carácter internacional al velar por la integridad de los pueblos indígenas, garantiza la preservación de su cultura, estructuras sociales, económicas y culturales, bajo la observancia del principio del respeto a la diferencia³⁴⁴. Así mismo impone a los Estados- sostiene la Corte- la realización de acciones coordinadas y sistemáticas que permitan la protección de los derechos de los pueblos y el respeto de su integridad, mediante el aseguramiento a los miembros de las comunidades indígenas en condiciones de igualdad de los derechos y oportunidades que la legislación nacional consagra para el resto de la población, la promoción de la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales respetando su identidad cultural, social y sus instituciones; y el fomento de la eliminación de las diferencias socioeconómicas que existan entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, bajo una perspectiva que sea compatible con sus formas de vida³⁴⁵.

Teniendo en cuenta lo anterior, la consulta previa es concebida como un derecho fundamental de las comunidades indígenas y también de las afrodescendientes debido a que está vinculada a la salvaguarda de su identidad diferenciada, la cual constituye uno de los presupuestos que permiten el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural del país. En ese sentido, la consulta previa es un instrumento jurídico que busca evitar la afectación de las prácticas tradicionales de estas comunidades y que conforman sus modos particulares de vida³⁴⁶. En el pronunciamiento C- 461 de 2008, La Corte estimó que la consulta previa constituye un derecho fundamental porque es un medio a través del cual las comunidades indígenas inciden en la toma de decisiones acerca de la implementación de proyectos en sus territorios, proyectos que posiblemente generan impactos irreversibles en su integridad social, material y cultural y que requieren que sean desarrollados de forma respetuosa mediante la búsqueda de un acuerdo con la

³⁴³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia C-418 de 2002*, p. 29

³⁴⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia T-737 de 2005*, p. 18.

³⁴⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia C- 208 de 2007*, p. 22.

³⁴⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia C-175 de 2009*, p. 51.

colectividad directamente afectada³⁴⁷. Por esa razón, el derecho fundamental de los pueblos indígenas a ser consultados acerca de las decisiones administrativas o legislativas que puedan afectarlos directamente es una amplia modalidad de participación, constituye un instrumento que promueve la protección de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y en consecuencia la protección de la diversidad étnica y cultural de toda la Nación³⁴⁸.

El derecho a la consulta previa es interpretado como un derecho especial de participación de las comunidades étnicas. Atendiendo el contenido del artículo 6 del Convenio No. 169, la Corte sostiene que este derecho tiene dos dimensiones. Por una parte, establece la obligación estatal de crear todos los medios necesarios a partir de los cuales los pueblos tengan la oportunidad de participar de forma libre en la mismas condiciones que otros sectores poblacionales y en todos los niveles posibles en la adopción de decisiones relacionadas con instituciones electivas y organismos de carácter administrativo responsables de programas y políticas que les conciernen. Por otra parte, el deber de consulta respecto a medidas legislativas o administrativas que puedan llegar a afectarlos directamente. De lo anterior deduce que cuando se adopten medidas en aplicación del Convenio, se deben distinguir dos niveles de afectación de los pueblos indígenas. En primer lugar, el que corresponde a políticas y programas relacionados con comunidades étnicas, caso en el cual se debe hacer efectivo su derecho de participación. En segundo lugar, el que tiene que ver con medidas administrativas o legislativas que los afecten de forma directa, evento en el cual se debe ejercer el derecho a la consulta³⁴⁹. La obligación constitucional de celebrar consultas previas está estrechamente relacionado con el principio de democracia participativa cuyo rasgo principal reside en el respeto a las particularidades y diversidades concretas, en el sentido en que en los proyectos de consulta se permite que cada comunidad afectada de forma diferencial y específica por algún proyecto en particular, exprese su opinión y participe en la adopción de decisiones que tiendan a proteger sus derechos fundamentales³⁵⁰.

En otros términos, el derecho a la consulta previa es expresión del principio de diversidad étnica y cultural, porque permite el mantenimiento y el respeto por la diferencia de los grupos de población que han sido discriminados históricamente. La consulta está

³⁴⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia C-461 de 2008*, párr. 6.3.1.

³⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia SU- 383 de 2003*, p. 122.

³⁴⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia C-030 de 2008*, p. 47.

³⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia C-461 de 2008*, párr. 3.1.4.

relacionada con los mecanismos de participación establecidos en el artículo 40 núm. 2 de la Constitución³⁵¹. Como consecuencia de lo anterior, la explotación de los recursos naturales existentes en los territorios indígenas debe estar conducida a la búsqueda de la armonización de dos intereses que se contraponen. En primer término, la necesidad de implementar medidas de planificación para el manejo y aprovechamiento de dichos recursos de forma que se garantice su desarrollo sostenible, conservación, restauración o conservación. En segundo término, la obligación de asegurar la protección de la integridad étnica, social, económica y cultural de los pueblos indígenas que habitan esos territorios. Con esto se garantiza también la protección de todos los elementos que conforman su cohesión como grupo social y que constituyen la base de su subsistencia³⁵². En palabras de la Corte:

“la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”³⁵³.

La Corte considera que la protección de los valores culturales, económicos y sociales de los pueblos indígenas que subsisten en el territorio colombiano, comporta un asunto de interés general pues está vinculado al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación y a la existencia del Estado Social de Derecho. El derecho a la consulta previa es un mecanismo que permite la ponderación de intereses de los pueblos indígenas en conflicto con intereses colectivos de mayor magnitud con el objeto de determinar cuál de ellos tiene una legitimación mayor³⁵⁴. La consulta se contempla como un vehículo que vincula la postura de una comunidad y el proceso de decisión estatal. Brinda las condiciones reales y efectivas para la participación de las colectividades, en un

³⁵¹ “Todo ciudadano tienen derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

2). Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática”, Colombia, Constitución Política de Colombia de 1991, Art. 40.

³⁵² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia SU- 039 de 1997*, p. 19.

³⁵³ *Ibíd.*, p. 20.

³⁵⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia SU- 383 de 2003*, p. 123.

ambiente en el que sea posible hablarse de buena fe por parte del ente estatal y de respeto de las prácticas tradicionales de las comunidades indígenas o tribales³⁵⁵.

De allí se desprenden los principios que deben regir el proceso de consulta previa y las obligaciones que debe contraer el Estado para asegurar que las comunidades puedan ejercer efectivamente su derecho a participar en las decisiones que vulneren sus derechos fundamentales. El ejercicio de ese derecho comporta un dialogo intercultural en el que se debe respetar la visión que tienen los pueblos indígenas de su entorno social y medio- ambiental, sin que éste en ningún momento busque imponerse, sino que por el contrario logre ser compatible con los fines estatales conducidos a proteger la diversidad cultural de los pueblos indígenas, cuando ésta se vea amenazada por la ejecución de medidas o proyectos de naturaleza variada. Así pues, en el proceso de consulta se debe tener en cuenta la búsqueda de la armonización de visiones contrapuestas que incidan en un mismo territorio. La consulta está dirigida a concertar los intereses de comunidades distintas cada una de ellas con su propio ámbito de derechos que no pueden excluirse mutuamente, de modo que la garantía de unos lleve a la negación de otros. Por consiguiente no puede existir un poder de veto a las peticiones de impulsar proyectos que no tengan en cuenta los daños que se pueden producir en la comunidades con particular cosmovisión, porque pueden haber proyectos que son incompatibles con la supervivencia de las comunidades indígenas o de sus valiosas tradiciones culturales, sin que sea posible llegar a un punto de armonización. Pero, también pueden existir escenarios en los que nace un encuentro intercultural, donde interactúan cosmovisiones y necesidades distintas. En esos escenarios se deben adoptar medidas encaminadas a garantizar el acuerdo bajo un marco de efectiva participación.³⁵⁶

En ese sentido, la Corte considera de vital importancia el hecho que supone la relación existente entre el derecho a la participación en su vertiente de consulta previa con el deber que tiene el Estado de proteger la diversidad étnica y cultural. La consulta es entendida -sin duda- como un mecanismo conducido a buscar el acuerdo de distintos puntos de vista relativos a una medida o proyecto en concreto, de tal manera que se garantice la supervivencia de los pueblos indígenas y al mismo tiempo se permita el ejercicio de otros derechos colectivos que revisten un carácter especial para su pervivencia, como el derecho a la tierra, territorio y recursos naturales, el derecho al

³⁵⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia C- 063 de 2010*, p. 31.

³⁵⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia T- 547 de 2010*, p. 65.

desarrollo propio, el derecho a obtener consentimiento libre e informado, el derecho a la integridad cultural y evidentemente el derecho a la identidad étnica y cultural que fundamenta un verdadero Estado Social de Derecho. Los canales de participación que incentiven las autoridades nacionales en los procesos que contemplen el deber de consulta garantizarán inevitablemente la protección de los intereses y derechos de las comunidades diferenciadas, pero más allá de eso, permitirán que estos sectores de la sociedad sean incluidos en las decisiones del plano político, social, económico y cultural que les conciernan de forma directa, convirtiéndose en auténticos interlocutores de demandas conducidas a su supervivencia colectiva.

4.2. El derecho a la consulta previa en la adopción de medidas legislativas.

Como se mencionó en apartados anteriores, de conformidad con lo establecido en el artículo 6 del Convenio No. 169 de la OIT, los pueblos indígenas tienen derecho a participar de forma activa en todas aquellas decisiones de carácter legislativo o administrativo susceptibles de afectarles directamente. De acuerdo con el artículo 7 del mismo instrumento internacional, los pueblos indígenas tienen derecho a decidir acerca de sus propias prioridades de desarrollo en el ámbito social, político, económico y cultural. Por su parte, el artículo 15 dispone que los recursos naturales presentes en territorios indígenas merecen protección especial. Ahora bien, según lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 330 de la Constitución Política de Colombia,

“La explotación de los recursos naturales de los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”³⁵⁷.

El fundamento del derecho a la consulta previa en el ámbito de medidas legislativas tiene que ver con la relación existente entre el principio democrático, el derecho de participación y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación. Para la Corte, todas las políticas del Estado y especialmente las decisiones legislativas deben nacer de un proceso de deliberación que garantice la participación efectiva y adecuada de todos los actores de la sociedad³⁵⁸. En su opinión, los mecanismos de participación democrática aseguran una relación efectiva entre los

³⁵⁷ Colombia, Constitución Política de Colombia, Art. 330.

³⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia C- 366 de 2011, párr. 7.*

ciudadanos y la actividad estatal. El reconocimiento del principio de soberanía popular a su vez, permite que las decisiones que adopten las instituciones públicas sean legítimas siempre que estén precedidas por un proceso de debate en el que los interesados cuenten con espacios pertinentes para la discusión. La participación –antes enunciada- se concreta en el artículo 40 de la Constitución y se ve reforzado para los casos que abarquen decisiones estatales relacionadas con los intereses de las comunidades indígenas y afrodescendientes. Lo anterior, porque dentro de los fines del Estado constitucional se encuentra la preservación del carácter multiétnico y multicultural de la Nación, y también porque en la Carta Magna se reconoce que el Estado Colombiano está integrado por diversidad de comunidades diferenciadas con concepciones distintas a nivel social y político que requieren de protección constitucional³⁵⁹. En palabras de la Corte:

“garantizar el respeto y promoción de la diversidad étnica y cultural implica la creación de mecanismos que permitan la manifestación de los pareceres, intereses, prioridades, alternativas, etc. de las comunidades culturales que integran la sociedad colombiana y, así mismo, tener en cuenta de forma efectiva estos pareceres al momento del diseño de políticas públicas que afecten a las distintas comunidades culturales que integran la sociedad colombiana”³⁶⁰.

Dicho de otro modo, la protección de los intereses y los derechos de esas comunidades diferenciadas exigen del Estado, la creación de escenarios que incentiven una participación eficaz, pues no se puede olvidar que la preservación de la identidad diferenciada de los pueblos indígenas depende de su grado de incidencia en el diseño y la implementación de medidas estatales que las afecten³⁶¹.

En varios de sus pronunciamientos, la Corte destaca el hecho consistente en que conforme señala el artículo 34 del Convenio 169 de la OIT, “la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país”, tanto el Constituyente como el legislador tienen un alto grado de discrecionalidad al momento de determinar las acciones que llevarán a cabo para garantizar los derechos humanos

³⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia C- 175 de 2009*, p. 34-35.

³⁶⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia C- 063 de 2010*, p. 28.

³⁶¹ *Ibíd.*, p. 38.

consagrados en dicho cuerpo normativo³⁶². Como no existe norma alguna que regule el procedimiento de consulta previa en materia de medidas legislativas, salvo lo dispuesto en el artículo 330 ya mencionado y el Decreto 1320 de 1998, el Gobierno Nacional en cabeza de sus autoridades representativas debe promover el respeto del derecho de participación de las comunidades indígenas en todos los asuntos que comporten la violación de sus derechos fundamentales. En este aspecto destaca la necesidad de que las entidades correspondientes, brinden a las comunidades indígenas en un momento previo a la radicación de un proyecto en el Congreso de la República, la oportunidad de conocerlo y de participar activamente en su modificación cuando así lo consideren. Dicha participación debe ser real y efectiva, especialmente cuando se trate de la explotación de recursos naturales dentro de sus territorios. Todos los mecanismos de participación no sólo deben centrarse en modalidades informativas, sino que por el contrario, deben expresarse a través de la protección del derecho a la consulta previa, el cual debe ser realizado de buena fe, de manera adecuada y con miras a obtener un acuerdo o alcanzar el consentimiento de los pueblos indígenas.

No obstante lo anterior- aduce la Corte- la consulta indígena no debe ser entendida como un derecho absoluto, pues si bien es cierto que la Carta Constitucional ordena el fomento de la participación de las comunidades étnicas en casos relativos a la explotación de recursos naturales que se encuentren en sus territorios, no necesariamente debe llegarse a un acuerdo interpretado éste como un requisito indispensable en los eventos en los que se radica un proyecto de ley- por ejemplo-, puesto que si se exigiera un acuerdo se anularía la iniciativa legislativa en una materia concreta. Esto quiere decir que a pesar de que el Gobierno está en la obligación de incentivar escenarios de participación para las comunidades indígenas, el hecho de no llegar a un acuerdo con las mismas no implica que deba detenerse un proceso legislativo que sea de interés general a nivel nacional³⁶³. La Corte en su sentencia C- 620 de 2003³⁶⁴, considera que la consulta al ser un mecanismo de participación en la adopción

³⁶² Así lo expresan las sentencias C- 169 de 2001 y C- 891 de 2002. La primera de ellas realiza un estudio sobre el derecho a la consulta previa y la declaratoria de constitucionalidad de una ley que regula el establecimiento de circunscripción especial para garantizar la participación de los pueblos indígenas y las comunidades negras en la Cámara de Representantes, órgano que conforma el Congreso de la República de Colombia. La segunda tiene que ver con la demanda de la Ley 685 de 2001 o Código de Minas por considerarse que su expedición violó el derecho a la consulta previa consagrado en el Convenio 169 de la OIT y en la Ley 21 de 1991 de la normativa colombiana.

³⁶³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia C-891 de 2002*, párr. 20.

³⁶⁴ En esta sentencia la Corte conoce la demanda de la Ley 773 de 2002, “Por la cual se dictan normas relativas a la administración, fabricación, transformación, explotación y comercialización de las sales que se producen en las salinas marítimas ubicadas en el municipio de Manaure, Guajira y Salinas de Zipaquirá y se

de decisiones y de garantía de la identidad cultural de los pueblos indígenas, debe ser obligatoria en cuanto al aspecto de su verificación, sin que esto signifique remplazar a las autoridades competentes al momento de adoptar una medida legislativa, como siempre sucede con los mecanismos de concertación³⁶⁵.

En la decisión atinente a la declaración de inexequibilidad de la Ley General Forestal³⁶⁶, la Corte señaló que el ámbito de aplicación del derecho a la consulta entendido como mecanismo de participación, se manifiesta en la oportunidad que tienen los miembros de comunidades indígenas de intervenir en igualdad de condiciones que el resto de colombianos en la elección de representantes de corporaciones de elección popular; en la posibilidad de conocer las etapas del proceso legislativo, incluidas las iniciativas de trámite, la intervención en discusiones, la remisión de conceptos, la solicitud de audiencias, la opción de hacer parte de las previsiones constitucionales sobre la circunscripción especial indígena. Si se trata de medidas generales la consulta es interpretada como el escenario adecuado de participación, independientemente de la magnitud de las actividades y gestiones que puedan desarrollar las diferentes organizaciones indígenas en torno a las discusiones públicas que competen al Congreso de la Republica y a las respectivas autoridades administrativas. En ese sentido, el deber de consulta de las medidas que afecten directamente a los pueblos indígenas se comprende como un efecto directo del derecho que tienen estas comunidades de decidir acerca de las prioridades en su proceso de desarrollo y conservación de su cultura, por eso, cuando se promueve el deber de consulta, nace para las comunidades un derecho fundamental que puede ser protegido a través de la acción de tutela, gracias a la importancia política de la misma y a su condición de mecanismo de participación e instrumento para la defensa de la identidad y la integridad cultural³⁶⁷.

dictan otras disposiciones". En este caso las comunidades indígenas que conforman la Asociación Sumani-Ichi dedicada a la explotación de las minas de Sal de Manaure, invocan la protección de sus derechos constitucionales a la participación -incluido el derecho a la consulta previa- y al reconocimiento de diversidad étnica y cultural porque estiman que durante la expedición de dicha ley éstos fueron desconocidos.

³⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia C- 620 de 2003, párr. 15*.

³⁶⁶ Se trata de la Sentencia C- 030 de 2008. En este pronunciamiento se solicita la declaratoria de inexequibilidad de la Ley 1021 de 2006. Los ciudadanos que presentan la acción de inconstitucionalidad expresaron que durante el trámite de expedición de la presente ley se omitió el deber de consulta previa que corresponde al Estado Colombiano.

³⁶⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia C-030 de 2008, p. 49*.

Para la Corte el deber de consulta no tiene lugar frente a toda medida que sea susceptible de afectar a los pueblos indígenas, sino solamente frente a las que los afecten directamente, caso en el cual la consulta debe desarrollarse de conformidad con las disposiciones consagradas en la Constitución y en la ley; porque si bien es cierto que en general las leyes afectan a todos sus destinatarios entre ellos miembros de comunidades indígenas, también lo es que no siempre resulta obligatorio la celebración de una consulta previa para que un proyecto de ley pueda tramitarse de forma válida, pues si eso ocurriese gran parte de la legislación debería estar sometida a un proceso de consulta previa con las comunidades indígenas, hecho que desbordaría evidentemente el alcance del Convenio 169. En ese orden, se entiende que una ley provoca una afectación directa cuando se altera la condición de una persona o de una comunidad, ya sea porque se le ha impuesto una restricción o se le ha concedido beneficios. Por consiguiente, es procedente la consulta cuando la ley consagre disposiciones susceptibles de afectar directamente a un grupo de personas, aunque las consecuencias sean positivas o negativas, ya que esas deben ser materia de consulta. En resumen, lo que debe constituir objeto de consulta son las medidas que afecten específicamente a las comunidades indígenas, y no aquellas que se hayan creado para toda la población colombiana. La afectación directa que genere una medida legislativa hace imperativo el deber de consulta y por lo tanto la aplicación de las normas del Convenio.

Por ejemplo, en los eventos en los que se busque crear una ley que regule la forma como se realizará la explotación de yacimientos petroleros en zonas donde habiten comunidades indígenas, será de estricto cumplimiento la consulta con los pueblos indígenas que puedan llegar a perjudicarse con dichas actividades, toda vez que estamos ante la presencia de una afectación directa que impone al Estado colombiano la aplicación de las normas consignadas en el Convenio³⁶⁸.

Es necesario tener en cuenta que en los eventos en los que una medida legislativa no afecte de manera directa a las comunidades indígenas, su participación no puede verse restringida sino que debe estar conducida a los mecanismos generales de participación que establece la Constitución y el Convenio 169³⁶⁹. En todo caso, la consulta debe desarrollarse bajo la observancia del principio de buena fe. Este principio comporta, por una parte, el deber del Estado de establecer las condiciones en las que se

³⁶⁸ *Ibíd.*, p. 56-58.

³⁶⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia C- 175 de 2009*, p. 45.

llevará a cabo la consulta, y por otra, la obligación de determinar factores que sean respetuosos de las disposiciones constitucionales. Debe desarrollarse de manera efectiva y conducente. Con la consulta deben surgir espacios de participación que sean oportunos en la medida que favorezcan una intervención lo suficientemente útil que permita contar con la presencia de autoridades representativas e idóneas para el acuerdo que se vaya a establecer. Bajo esa perspectiva, el proceso de consulta debe realizarse con el acompañamiento de las autoridades de la comunidad legítimamente constituidas o con las instituciones más adecuadas que garanticen la transparencia del proceso³⁷⁰.

En el fallo C- 175 de 2009³⁷¹ en el que se estudió la constitucionalidad del Estatuto de Desarrollo Rural, la Corte valoró la necesidad de que los mismos procedimientos de consulta fuesen sometidos a una consulta previa, con el fin de que la concertación y el consenso con los pueblos indígenas no se circunscribiera a un acto meramente informativo o de notificación de una medida, sino que tendiera a reconocer y proteger los usos y costumbres de las comunidades indígenas, los cuales pudiesen resultar perturbados porque las autoridades del Gobierno Nacional establecen un determinado mecanismo de consulta que es incompatible con la conservación de la diversidad étnica y cultural³⁷². La protección del derecho fundamental a la consulta previa hace exigible el ejercicio de acciones conducidas a lograr el consenso o la concertación. No obstante, cuando se haya realizado el procedimiento previo que incidirá en la adopción de la medida legislativa y las comunidades indígenas no otorguen su consentimiento, el Estado puede verse inhabilitado para proferir la mentada medida. Dicha política debe implementar los instrumentos necesarios para amparar los derechos y los intereses alusivos a la identidad diferenciada de los pueblos, con el fin de conservar la diversidad étnica y cultural reconocida por la Constitución³⁷³.

En este punto, la Corte expresó que no es contrario a la Constitución el hecho de que una entidad del Gobierno, facultada para la creación legislativa, planifique un proyecto de ley sobre tópicos relacionados con sus competencias institucionales, incluso

³⁷⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia C-030 de 2008*, p. 60.

³⁷¹ En esta sentencia, la Corte estudia la demanda de inconstitucionalidad del Estatuto de Desarrollo Rural, por omisión del deber estatal de consulta previa a comunidades indígenas y grupos étnicos que pueden resultar afectados con dicha disposición. Cabe destacar que en la Sentencia T- 382 de 2006, el Consejo Regional Indígena del Medio Amazonas –CRIMA- en representación de las etnias Uitoto, Andoque, Muinane y Nonuya, demandó el trámite del proyecto de la Ley General Forestal por violación de ese mismo derecho fundamental.

³⁷² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia C- 175 de 2009*, p. 46.

³⁷³ *Ibíd.*, p. 47-48.

si éstos conciernen directamente a los pueblos indígenas. No obstante, en ese supuesto la entidad en fases previas a la radicación del proyecto en el Congreso de la República debe brindar la oportunidad a las comunidades de que participen al menos en acciones que permitan que la iniciativa se divulgue integralmente; que favorezcan una ilustración precisa sobre el alcance de la misma y que propicien una concertación apropiada³⁷⁴. Así las cosas, el cumplimiento del deber de consulta previa en cuanto a la expedición de medidas legislativas reside en la conformación de un espacio de carácter deliberativo, que sea respetuoso de las formas tradicionales de las comunidades indígenas y afrodescendientes y que esté fundado en el principio de buena fe³⁷⁵.

Entonces ¿qué sucede si se omite la celebración de la consulta previa en la adopción de medidas legislativas? El criterio de la Corte sostiene que la indebida realización o la omisión absoluta del deber de consulta genera consecuencias constitucionales y principalmente iusfundamentales en el proceso de determinación de una política pública estatal o que devenga de la administración, toda vez que se están desconociendo principios que inspiran la actuación de un Estado democrático, ya que se imposibilita la participación y la inclusión de distintos grupos culturales que integran la sociedad, y, se olvida por ende la importancia de la diversidad étnica y cultural que caracteriza al país³⁷⁶. Igualmente advierte que al ser la consulta un derecho fundamental su omisión injustificada comporta su violación. A partir de la vulneración surgen efectos sustanciales para la medida o para la política, entre ellos se encuentran la declaratoria de inconstitucionalidad total o parcial de la norma o la exequibilidad condicionada encaminada a lograr una interpretación que resguarde la definición de identidad de las comunidades³⁷⁷. El vicio de inconstitucionalidad previo al trámite legislativo, debe ser evaluado a la luz de la mayor o menor generalidad de la ley y el grado de incidencia de los artículos de la norma en los intereses propios de las comunidades indígenas y tribales. Los elementos que se debe atender para tal evaluación son: los contenidos generales y específicos de la ley relacionados con pueblos indígenas y afrodescendientes; la finalidad de la ley y su relación con cada una de la partes; la opción de identificar normas de ley que puedan ser separadas respecto de la misma; y las decisiones del aparato legislativo

³⁷⁴ Dicho criterio también está consignado en la Sentencia C- 750 de 2008. En esta decisión la Corte revisa la constitucionalidad del “Acuerdo de promoción comercial entre la Republica de Colombia y los Estados Unidos de América, sus cartas adjuntas y sus entendimientos suscritos en Washington” el 22 de noviembre de 2006 y la Ley aprobatoria No. 1143 de 4 de julio de 2007”.

³⁷⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia C- 175 de 2009*, p. 48.

³⁷⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia C- 063 de 2010*, p. 35.

³⁷⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia C- 366 de 2011*, párr. 15.

sobre los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes³⁷⁸. Es pertinente considerar también que:

“en una ley que de manera general concierne a los pueblos indígenas y tribales, y que los afecta directamente, la omisión de la consulta se resuelva en una decisión que excluya a tales comunidades del ámbito de aplicación de la ley; o puede ocurrir que, en un evento de esa naturaleza, lo que se establezca es la presencia de una omisión legislativa, de tal manera que la ley, como tal, se conserve en el ordenamiento, pero que se adopten las medidas necesarias para subsanar la omisión legislativa derivada de la falta de previsión de medidas específicamente orientadas a las comunidades indígenas y tribales³⁷⁹”.

De acuerdo con lo establecido por la jurisprudencia de la Corte, la eficacia material del derecho a la consulta previa en los casos de medidas legislativas exige el cumplimiento de unos requisitos de naturaleza fáctica que comprenden las reglas que a continuación se nombran³⁸⁰: la consulta previa es un derecho fundamental de las comunidades indígenas de todo el país. Ha sido reconocido y protegido por la Carta Constitucional, luego se puede exigir por la vía judicial. Está íntimamente relacionada con la salvaguarda de la identidad diferenciada de los pueblos indígenas. Tal identidad constituye un presupuesto para cumplir con el mandato constitucional de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural. Se trata de un instrumento jurídico indispensable para evitar afectaciones irreversibles de las prácticas tradicionales que comprenden sus modos particulares para sobrevivir como comunidades diversas culturalmente. La consulta es jurídicamente exigible frente a medidas legislativas cuando éstas afectan directamente a comunidades indígenas. Esa circunstancia se presenta en los casos en los que la materia del proyecto de ley está relacionada con asuntos que sean intrínsecos a la definición de la identidad étnica de este grupo poblacional. En ese orden, no se puede hablar del deber de consulta cuando la medida legislativa no sea predicable específicamente de los pueblos indígenas, así como tampoco cuando la materia que se regula no esté relacionada con aspectos que de forma razonable y objetiva integren la identidad de la comunidad indígena. En definitiva, es posible exigir la celebración de consulta previa cuando se determine que la materia de la medida legislativa tiene un vínculo estrecho con “la definición del ethos de las comunidades indígenas y

³⁷⁸ Ibid., p. 50.

³⁷⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia C- 030 de 2008*, p. 66.

³⁸⁰ Ibid., p. 51.

afrodescendientes³⁸¹". Por lo tanto, el deber de consulta debe concentrarse en la identificación de aquellos proyectos de ley que inciden de forma directa en la identidad de los pueblos indígenas, de manera que la discusión para definir si éstos son válidos o no debe concentrarse en la protección de la diversidad étnica y cultural colombiana³⁸².

El objeto de la consulta previa es lograr que las comunidades indígenas participen en la definición de la medida legislativa que perjudique de manera directa sus intereses³⁸³, esto con la finalidad de lograr un acercamiento encaminado a la concertación acerca de los contenidos del proyecto o de la política que se discute; luego el trámite de consulta previa no implica un poder de veto por parte de los pueblos indígenas a las medidas legislativas o administrativas que se propone implementar. Al tratarse de un mecanismo que garantiza la participación de las comunidades tradicionales en todos los aspectos que les conciernen, los simples tramites de carácter administrativo que busquen que estos pueblos ejerzan su derecho de defensa, o los esfuerzos fuera de tiempo del Gobierno Nacional para cumplir con ese procedimiento no pueden ser considerados aptos para el cumplimiento del deber de consulta. Para satisfacer el deber de consulta –reitera la Corte- es necesario que se encuentre precedido por un trámite pre-consultivo, en el cual se defina entre Gobierno y representantes de comunidades indígenas los elementos del procedimiento participativo, de modo que se garantice la preservación de la especificidad cultural de los pueblos. Dentro de esos elementos se destaca la entrega por parte de las autoridades institucionales de información completa, precisa y significativa de las medidas legislativas, administrativas o proyectos que se vayan a desarrollar en sus territorios; la búsqueda de un objetivo principal: el acuerdo con los pueblos indígenas, de tal forma que éstos puedan discutir el contenido de las políticas y formular alternativas de solución; la determinación del grado de afectación que generará las medidas, analizando cual es el significado que dichos colectivos tienen de los bienes o prácticas sociales que se busca intervenir. Ahora bien, cuando no se pueda lograr un acuerdo sobre una medida legislativa o administrativa, es pertinente considerar que el Estado mantiene la

³⁸¹ *Ibíd.*, p. 52.

³⁸² *Ibíd.*, p. 53- 55.

³⁸³ Bajo ese criterio se expresa la Sentencia C-702 de 2010, Demanda de inconstitucionalidad en contra del inciso 8° del artículo 2° del Acto Legislativo N° 01 de 2009, "*Por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia*". La Sentencia C-027 de 2011, la cual estudia la constitucionalidad del Convenio Básico de cooperación técnica y científica entre el Gobierno de la República de Guatemala y el Gobierno de la República de Colombia. Así como también las Sentencias C- 187 de 2011, en la que se revisa la constitucionalidad del Acuerdo en materia de informes anuales sobre derechos humanos y libre comercio entre la República de Colombia y Canadá y la Ley 1411 de 2011 que lo aprueba. Y la No. C-490 de 2011, que revisa la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria de la reforma política sobre organización y funcionamiento de partidos, movimientos políticos y procesos electorales.

competencia para adoptar una decisión final. Esa decisión debe ser ajena a la arbitrariedad o al autoritarismo; debe basarse en medidas de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad respecto al grado de afectación que se provocará a los intereses de las comunidades; debe comprender mecanismos idóneos para mitigar los impactos de las medidas tanto en el ámbito individual como colectivo; y debe dirigirse a la conservación de las prácticas que sustentan la diversidad étnica y cultural³⁸⁴.

En la sentencia C- 366 de 2011, en la que se estudió la demanda de inconstitucionalidad de la Ley 1382 de 2010, “por la cual se modifica el Código de Minas”, la Corte fue precisa al abordar toda la línea jurisprudencial sobre consulta previa, identificando a modo de conclusión los escenarios en los que se impone el deber de consulta previa respecto de medidas legislativas. Tales escenarios se pueden determinar cuando las medidas tengan por objeto regular una materia que por orden constitucional debe contar con la participación de las comunidades indígenas, tal y como sucede con la explotación de recursos naturales (art. 330); cuando la medida regula asuntos que influyen en la identidad particular de las comunidades diferenciadas; cuando a pesar de que se trate de una medida de carácter general reglamente materias que integren la identidad de estas comunidades, evento en el cual es posible que se presente alguna afectación, una disminución en la protección de los derechos colectivos de los pueblos o una omisión legislativa que tienda a discriminarlos³⁸⁵. Considera que la consulta previa tiene ocasión en primer lugar, en la construcción de la iniciativa gubernamental en el momento previo a la presentación del texto ante el Congreso. En segundo lugar, en sentido estricto respecto a la eficacia del derecho durante el trámite de un proyecto de ley, y en tercer lugar, en el ámbito administrativo cuando se realizan actos específicos o individuales que sean de interés para las comunidades indígenas³⁸⁶.

Ahora bien, bajo esa línea de argumentación, es posible inferir que es de pleno conocimiento que varias disposiciones normativas influyen en el desarrollo social, político y económico de las comunidades étnicas del país, bien sea de forma directa o indirecta. Si una ley es definida como la expresión de la voluntad soberana del pueblo, pues entonces el pueblo debe estar integrado por todos los sectores de la sociedad, esto es, por afrodescendientes, indígenas, población room, población mestiza, mujeres, jóvenes, población discapacitada y niños. El Estado está en la obligación de garantizar que todos

³⁸⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia C-030 de 2008*, p. 55.

³⁸⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia C- 366 de 2011*, párr. 13.3.

³⁸⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia T-382 de 2006*, p. 34.

los conglomerados sociales sean participantes activos y no meros observadores de la implementación de las políticas públicas que se formulen a nivel nacional, regional y local, aún más cuando éstas se encuentran directamente relacionadas con sus intereses fundamentales y con la protección de sus derechos humanos. No basta con difundir la iniciación de un trámite legislativo ante las autoridades institucionales competentes, para que éstas la trasladen a los sectores más visibles de los grupos vulnerables-si es que así lo consideran-. Desde mi punto de vista, es necesario que la divulgación de un proyecto de ley o una ley sea llevada hasta las comunidades indígenas, me refiero hasta el lugar donde tienen lugar sus actividades cotidianas, pues es allí donde éstas después del proceso de consulta tendrán la capacidad de determinar cuáles son los aspectos que benefician sus modos de vida y cuales conducen a la afectación de sus derechos colectivos. Aunque la postura de los pueblos indígenas no puede constituir un poder de veto, sí que puede incidir en la modificación legislativa, en la inclusión de nuevos parámetros que contemplen un enfoque diferencial, una perspectiva respetuosa de sus distintas expresiones culturales, sobre todo en lo que atañe a la preservación de su territorio y de sus recursos naturales y por supuesto a la conservación de su identidad cultural. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sentado las bases del reconocimiento de la consulta previa como un derecho fundamental, sin embargo, no podemos desconocer que frecuentemente las autoridades nacionales omiten ese deber argumentando que la difusión y la celebración de un par de reuniones con las autoridades indígenas constituyen en sí la protección del derecho a la consulta o la iniciación del trámite para la obtención de una licencia o título minero sin consentimiento de las comunidades. Muchas veces los intereses económicos han prevalecido sobre la integridad de los pueblos indígenas, y muchas veces también, el Gobierno Nacional ha sido incapaz de abordar la problemática de una forma comprometida con la preservación de la diversidad étnica y cultural. Ha sido más importante promover el desarrollo nacional a costa de la violación de los derechos humanos de los pueblos indígenas, principalmente de sus derechos territoriales³⁸⁷.

³⁸⁷ Con lo anterior, me refiero al Caso de la empresa canadiense Cosigo Resources y al título minero concedido por Ingeominas en el parque natural Yaigóje Apaporis para la explotación de oro. Para conocer sobre la problemática, revisar: *Todo por el Oro*, en El Espectador, Bogotá, 3 de febrero de 2014, disponible en <http://www.elespectador.com/opinion/editorial/todo-el-oro-articulo-472709>. [Consulta: 6 de febrero de 2014]. *La minería que quiere tumbar el parque amazónico*, en la Silla Vacía, Bogotá, 1 de febrero de 2014, disponible en <http://lasillavacia.com/historia/la-minera-que-estaba-detras-de-la-tutela-al-parque-amazonico-46563>. [Consulta: 6 de febrero de 2014].

4.3. El papel del derecho a la consulta previa en los casos de proyectos de desarrollo.

En cuanto a la ejecución de proyectos de desarrollo es pertinente apuntar que es conocido por varios sectores de la sociedad colombiana, los impactos que éstos han generado en el ejercicio de los derechos colectivos de nuestras comunidades indígenas y afrodescendientes. En los casos en los que el efecto ha sido directo, las consecuencias para la vida de estos colectivos han sido sumamente graves, no sólo porque han provocado alteraciones al medio ambiente, sino porque además han puesto en riesgo de extinción física a los nativos, dando lugar a su desplazamiento, a la transformación de sus modos de vida y por ende a la paulatina desaparición de su cultura. Hago expresa referencia a los daños que han causado las actividades de exploración y explotación de recursos naturales al medio ambiente, porque tal y como ha manifestado la Corte en el pronunciamiento C-671 de 2001:

“el medio ambiente desde el punto de vista constitucional..., “involucra aspectos relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica y cultural, el desarrollo sostenible, y la calidad de vida del hombre entendido como parte integrante de ese mundo natural, temas, que entre otros, han sido reconocidos ampliamente por nuestra Constitución Política en muchas normas que establecen claros mecanismos para proteger este derecho y exhortan a las autoridades a diseñar estrategias para su garantía y su desarrollo”³⁸⁸.

Pues bien, el ejemplo más claro de porque el derecho a la consulta previa debe ser garantizado -entre otras cosas- porque contribuye a proteger el entorno ambiental en el que viven las comunidades indígenas y que se relaciona con la ejecución de proyectos de desarrollo, es el caso de la empresa Occidental de Colombia Inc. y la comunidad U'wá. En 1992, esta empresa adelantó trámites ante los órganos encargados de expedir licencia ambiental para realizar exploraciones sísmicas en los departamentos de Boyacá, Norte de Santander, Santander, Arauca y Casanare, regiones donde se encuentra ubicada la comunidad étnica U'wa. El Ministerio de Medio Ambiente expidió la correspondiente licencia a Ecopetrol al considerar que la celebración de una reunión informativa que tuvieron los miembros del pueblo indígena U'wa y agentes del Ministerio

³⁸⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia C-671 de 2001*, p. 16.

de Minas y Energía equivalía en su integridad al proceso de consulta previa. Con fundamento en lo anterior, el Defensor del Pueblo instauró demanda contra la mencionada empresa denunciando la violación de los derechos a la vida, el territorio, la autodeterminación, la participación social y comunitaria en las decisiones que afectan a estas comunidades, la defensa de la cultura étnica y la de sus recursos naturales³⁸⁹.

De acuerdo con las pruebas aportadas al proceso, el alcance del programa sísmico Bloque Samoré, comprendía la apertura de trochas, la realización de actividades topográficas, la perforación y detonación de huecos en zonas habitadas por indígenas. Según la Occidental la reunión que celebraron -con el nombre de consulta- no estaba dirigida a decir sí o no a un proyecto, sino que buscaba que la comunidad entendiera como podría verse afectada por los trabajos que se iban a realizar en su territorio, estudiar cuales serían las consecuencias socioculturales del proyecto, de modo que se plantearan soluciones y beneficios para la comunidad; aclarando que la decisión de ejecutar el proyecto correspondía al Gobierno Nacional. Por su parte los U'wá, explicaron que su comunidad no tenía conocimiento del proyecto siendo los principales afectados; que la empresa demandada no había hecho presencia en las reuniones de Asambleas y Congresos desarrolladas dentro de sus comunidades; que la cosmovisión del U'wa difería de la del blanco y que tenían el deber de conservarla; que los bienes del mundo físico fueron creados por Sira -su ser supremo-, que estos no pertenecían a ningún hombre y que debían ser conservados según las leyes de la naturaleza; que los U'wa actuaban como guardianes de la naturaleza, luego su conservación era de interés de la comunidad, sin que para ellos importara el provecho personal³⁹⁰.

Teniendo en cuenta los hechos de esta demanda, mediante la sentencia SU-039 de 1997, la Corte estimó que las actividades de explotación de los recursos naturales de los territorios de los pueblos indígenas debían ser coherentes con la protección estatal de la integridad social, cultural y económica de estos colectivos. Dicha integridad -señaló- está vinculada a su cultura y a su subsistencia como grupo humano. El aseguramiento de la subsistencia de los pueblos indígenas cuando se está en presencia de la concesión de licencia para actividades extractivas debe contar con la participación de las comunidades a las que posiblemente se les causará perjuicios. Son ellas quienes tienen la facultad de autorizar la explotación. La participación de los pueblos indígenas en las decisiones que

³⁸⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia SU-039 de 1997*, p. 7.

³⁹⁰ *Ibíd.*, p. 34-36.

los perjudican se materializa a través del mecanismo de consulta, el cual adquiere el carácter de derecho fundamental, por cuanto constituye un instrumento esencial para preservar su integridad étnica y cultural³⁹¹. Para la Corte, la participación no se reduce únicamente a una intervención en la actuación administrativa encaminada a asegurar el derecho de defensa de quienes resulten afectados con la autorización de una licencia ambiental, sino que tiene una incidencia mayor debido a los intereses que busca tutelar, esto es, la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las comunidades indígenas³⁹².

El derecho a la participación, manifestado en el deber de consulta que debe realizar el Estado a las comunidades indígenas en los casos de explotación de recursos naturales en sus territorios, debe basarse en los siguientes elementos³⁹³:

- Es necesario suministrar información suficiente a los pueblos indígenas sobre los proyectos de exploración o explotación de recursos naturales en los territorios que ocupan o que les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades para su realización.

- Es indispensable que la comunidad se entere acerca de cómo se ejecutaran dichos proyectos y cuáles serán las consecuencias para los elementos que integran su cohesión social, cultural, económica y política.

- Se requiere que la comunidad intervenga de forma libre a través de sus miembros o de sus representantes en el estudio que valore los beneficios y los perjuicios del proyecto. El grupo étnico debe tener la oportunidad de ser escuchada cuando plantee sus dudas o exigencias y opinión sobre la viabilidad del mismo. El objetivo es que la comunidad participe efectivamente en la adopción de la decisión, la cual debe ser debidamente acordada entre las partes.

- En caso de que el acuerdo o la concertación no prospere, la decisión que tome la autoridad gubernamental no debe ser autoritaria o arbitraria, sino que por el contrario debe observar los criterios de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad con

³⁹¹ Ibid., p. 19.

³⁹² Ibid., p. 20.

³⁹³ Ibid., p. 22.

relación a la finalidad constitucional que establece la protección de la identidad social, cultural y económica de las comunidades indígenas.

- Se hace necesaria la creación de mecanismos que permitan la mitigación, corrección o restauración de los efectos que las medidas generen en detrimento de la integridad de las comunidades indígenas o la de sus miembros.

- La mera información o notificación que se le hace a una comunidad indígena sobre un proyecto de desarrollo, no configura en sí mismo el cumplimiento del deber de consulta. Se requiere el cumplimiento de las reglas antes mencionadas, la implementación de formulas de consenso y la manifestación de voluntad de las comunidades indígenas expresando que aceptan la realización del proyecto de desarrollo.

En la decisión T-652 de 1998, la Corte decidió el caso de un proyecto hidroeléctrico adelantado por la Empresa Multipropósito Urrá S.A. en territorios del pueblo indígena Embera Katio del Alto Sinú, a quien se le vulneraron principalmente sus derechos a participar en las decisiones que los afectan, a la propiedad colectiva, al debido proceso y a la integridad cultural. A pesar de que no se realizó el proceso de consulta previa con el pueblo Embera- Katio, según lo dispuesto en la Ley 21 de 1991 y el artículo 330 constitucional, INDERENA, otorgó en principio a CORELCA, una licencia ambiental para la construcción de obras civiles y desvío del Río Sinu, quedando pendiente la licencia para ejecutar la segunda parte del proyecto³⁹⁴. Esa parte del proyecto sería llevada a cabo por Multipropósito Urrá. Entre la empresa Urrá S.A., la comunidad indígena y la Organización Nacional Indígena de Colombia, se firmó una acta de compromiso en la que se definían las bases para el proceso de consulta previa para obtener la licencia de la segunda fase de la obra; y la compensación del impacto a través de la elaboración y ejecución de un plan de desarrollo que integraba áreas de manejo sostenible del hábitat tradicional del pueblo indígena Embera –Katio en el Parque Nacional de Paramillo (Karagaví), manejo ambiental y socioeconómico del río Verde (Iwagadó), y desarrollo pecuario, así como fomento de actividades educativas, de protección de género, recreación y cultura del pueblo Embera Katio. Esas actividades fueron incumplidas, razón por la cual se negó la licencia para adelantar la segunda parte de la obra³⁹⁵. El proceso de consulta en esa etapa debía

³⁹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia T-652 de 1998*, p. 3-4.

³⁹⁵ *Ibíd.*, p. 5-6.

llevarse a cabo con las autoridades representativas del pueblo indígena directamente afectado, sin embargo, por conflictos intercomunitarios, es decir, por crisis de legitimidad de los representantes indígenas, el proceso no pudo seguir su curso normal y las actividades que comprendían la primer fase de proyecto siguieron desarrollándose.

La ejecución de dichas actividades provocaron fuertes cambios en la integridad cultural y económica de las comunidades indígenas de la zona, principalmente en lo que a caza, pesca, recolección, cosechas y cultivos se refiere, así como a la degradación del bosque húmedo tropical y de los sitios sagrados donde practicaban sus ritos³⁹⁶.

Frente a esa situación fáctica, la empresa expresó que desde los años ochenta se había suministrado información a la comunidad indígena sobre los proyectos Urrá I y II y que para la época en la que se dio lugar a la tramitación de la licencia CORELCA era la dueña del proyecto. A pesar de eso, dijo que consideraba que había cumplido con los requisitos legales para el otorgamiento de esa licencia. El Ministerio del Interior adujo que una vez otorgada la licencia ambiental, la Dirección General de Asuntos Indígenas organizó el cumplimiento de la consulta y que para esa fecha, aunque estaba vigente la Constitución del 1991 y la Ley 21 del mismo año, no existía una reglamentación que orientara el procedimiento de la consulta. El Ministerio de Minas y Energía reconoció la inexistencia de la consulta y manifestó su falta de reglamentación³⁹⁷.

Con fundamento en lo anterior, los argumentos desarrollados por la Corte reiteraron los criterios expuestos en la sentencia SU- 039 de 1997, relativos a que la supervivencia de los pueblos indígenas, su organización política y representación ante autoridades regionales y nacionales dependía del derecho constitucional a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus tierras ancestrales, particularmente respecto al impacto previsible del proyecto, la mitigación y compensación de los efectos y la participación en los beneficios que resultaran de la explotación del recurso hídrico. Afirmó que el derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas sobre sus territorios les permite su control y dominio, éste derecho sostiene su supervivencia como pueblos en la medida que conforman “las cosmogonías amerindias y es substrato material necesario para el desarrollo de sus formas culturales características³⁹⁸”.

³⁹⁶ Ibid., p. 24.

³⁹⁷ Ibid., p. 5.

³⁹⁸ Ibid., p. 11.

En la sentencia SU-383 de 2003, la Corte estudió la demanda presentada por la Organización de los pueblos indígenas de la Amazonía (OPIAC) contra varias entidades del Gobierno Nacional. En esta se invocaba la protección transitoria de sus derechos a la vida, existencia comunitaria, medio ambiente sano, libre desarrollo de la personalidad, debido proceso y derecho a la participación en las decisiones que los afectan, los cuales estarían siendo afectados por autoridades gubernamentales al ordenar y autorizar la fumigación de cultivos ilícitos en sus territorios ancestrales³⁹⁹.

En esta oportunidad la Corte resaltó la importancia del Convenio 169 de la OIT y en especial la disposición que consagra el derecho a la consulta previa, pues consideró que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adoptan frente a la explotación de recursos naturales de sus territorios consagrada en el artículo 330 de la Constitución, no debe ser entendida como la negación del derecho de dichos pueblos a ser consultados sobre otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades diferenciadas, en tanto el Convenio establece medidas para atacar los hechos de discriminación que sufren los pueblos indígenas y tribales del país y el derecho a ser consultados previamente sobre decisiones administrativas o legislativas que los afecten de manera directa, de modo que se trata de una acción positiva que la comunidad internacional aprueba y recomienda para luchar contra las formas contemporáneas de racismo, xenofobia e intolerancia que atentan contra pueblos indígenas, y contra el derecho a la identidad de las minorías étnicas. La protección de este derecho -sostuvo- no puede ser suspendida incluso en situaciones excepcionales, ya que está vinculada a la existencia de un Estado Social de Derecho, el cual salvaguarda un orden democrático respetuoso de la diversidad étnica y cultural, entre otras razones, porque estima que el derecho a la integridad física y moral constituye un núcleo duro de los derechos humanos, y porque la lucha contra el etnocidio es una obligación que establece el derecho internacional de los derechos humanos⁴⁰⁰. Al respecto expresó:

“La definición de Colombia como un Estado social de derecho democrático participativo y pluralista, y por ende el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, comportan considerar los temas de la participación y de la identidad indígena, como presupuestos de existencia del Estado, y como requisitos inescindibles

³⁹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia SU- 383 de 2003*, p. 6.

⁴⁰⁰ *Ibíd.*, p. 90.

*para construir una nacionalidad única, pero real, es decir fundada en una diversidad viable*⁴⁰¹.

Para este Tribunal, el mecanismo de consulta y el derecho de participación de los pueblos indígenas, entendido como una acción concreta de participación, obliga a los Estados a: respetar el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT sin ningún tipo de restricción. Evitar la asimilación de los pueblos indígenas y tribales a la cultura mayoritaria. Interpretar los derechos y deberes del orden constitucional de conformidad con los tratados internacionales ratificados por Colombia, en especial el Convenio 169 de la OIT, debido a que este es el máximo instrumento en el que se consagran normas que propenden por el respeto de los derechos humanos de los pueblos indígenas⁴⁰². En ese orden, adujo que el derecho fundamental de los pueblos indígenas a ser consultados sobre las decisiones legislativas y administrativas que puedan afectarlos de forma directa, favorece la integridad cultural, social y económica de las culturas indígenas, luego es una modalidad de tan amplio espectro, tal y como también lo es la protección de la diversidad étnica y cultural de nuestra Nación, en la cual se incluye un mecanismo de intervención respecto de las decisiones de explotación de recursos naturales en los territorios indígenas⁴⁰³.

La Corte señaló que los pueblos indígenas deben ser consultados sobre el programa de erradicación de cultivos ilícitos que las autoridades gubernamentales están adelantando en sus territorios, a fin de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las medidas propuestas, puesto que se debe tener en cuenta que la protección de los valores culturales, económicos y sociales de las comunidades indígenas del territorio nacional comporta un asunto de interés general, debido a que implica además, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural y la existencia del Estado Social de Derecho. En ese sentido, recordó la necesidad de definir los intereses en conflicto para determinar la posible limitación de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, en la medida que estos al integrar el interés general, no pueden ser desconocidos con una afirmación vaga e imprecisa de que protegen a intereses de mayor amplitud⁴⁰⁴.

Consideró que en los eventos en los que los derechos humanos de los pueblos indígenas se contraponen a los derechos fundamentales que integran el interés general, se hará necesario realizar un ejercicio de ponderación en el que se contemple la

⁴⁰¹ Ibid., p. 119.

⁴⁰² Ibid., p. 121.

⁴⁰³ Ibid., p. 122.

⁴⁰⁴ Ibid., p. 123.

celebración de un proceso de consulta con las comunidades indígenas directamente implicadas, esto es, con las comunidades que sufren los efectos de aspersión de sustancias tóxicas para erradicar cultivos ilícitos. Si esta no fuese posible, el Estado tendrá la obligación de maximizar la autonomía de las comunidades indígenas para fortalecer la conservación de su integridad étnica y cultural; determinar para cuales pueblos indígenas la coca (el principal cultivo ilícito) es una planta sagrada y cuál es la concepción que ellos tienen de cultivarla en sus territorios tradicionales; definir en qué casos el cultivo de la coca depende de la supervivencia del pueblo; cual es la trascendencia de la planta en sus prácticas curativas y rituales. Lo anterior, porque sólo a través de la consulta de buena fe se podrá determinar las consecuencias del programa de erradicación de cultivos ilícitos en las vidas, creencias, bienestar espiritual e instituciones indígenas, de manera que se pueda establecer la naturaleza y el alcance de las medidas que se deben adoptar para tal efecto⁴⁰⁵.

En consonancia con la anterior consideración, manifestó que los pueblos indígenas que conforman la OPIAC deben ser consultados principalmente sobre los términos y el procedimiento en que se llevarán a cabo las consultas; el ámbito territorial de las mismas; la determinación de los medios pertinentes para realizar la erradicación de los cultivos ilícitos, bien sea a través de aspersión aérea o mediante otros medios alternativos que garanticen de forma real y efectiva los derechos fundamentales de las comunidades indígenas y el resto de los habitantes de esos territorios⁴⁰⁶. Dicha consulta abarcará también la discusión sobre todas las decisiones relativas a la erradicación de cultivos ilícitos, de modo que se asegure la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas perjudicados⁴⁰⁷.

Si la consulta de buena fe no prospera y si tampoco se obtiene el consentimiento de los pueblos sobre las medidas planteadas, las entidades demandadas deberán evaluar la gravedad de las lesiones de carácter individual y colectivo que generarán las medidas, pues mediante esa evaluación se podrán implementar modificaciones necesarias encaminadas a garantizar el respeto de las personas, bienes, instituciones, trabajo, cultura, modalidades cognitivas, espirituales y territoriales de los pueblos indígenas⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ Ibid., p. 126.

⁴⁰⁶ Ibid., p. 130.

⁴⁰⁷ Ibid., p. 131.

⁴⁰⁸ Ibid., p. 131- 132.

Dichas consultas no podrán estar conducidas a imponer una decisión o a cumplir una obligación, sino que deberán ser comprendidas como un espacio propicio para que las autoridades del gobierno delegadas para la erradicación de cultivos ilícitos, tengan en cuenta el derecho de los pueblos indígenas a expresar su opinión frente a lo que se pretende implementar, de tal manera que se favorezca su participación y se incentive el respeto de su derecho a la integridad cultural y a la autonomía de sus autoridades dentro de sus propios territorios⁴⁰⁹. Por lo tanto, tales autoridades tendrán que ponderar la postura y propuestas de los pueblos indígenas; la garantía de los derechos fundamentales de estas comunidades indígenas y de los demás habitantes de esos territorios, como por ejemplo, el derecho a la vida, a la integridad personal, a la seguridad, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud; la protección del interés general de la Nación a la diversidad étnica y cultural; el interés general y las potestades que le corresponde al Estado para definir y aplicar la política criminal, incluidos los planes y programas de erradicación de los cultivos ilícitos⁴¹⁰.

Durante el año 2006, la Corte analizó las pretensiones de protección constitucional del pueblo indígena Motilón Bari. Este pueblo acudió a este Tribunal invocando la violación de sus derechos a la diversidad étnica y cultural por omisión del deber de celebrar consulta previa e impedir su participación en las decisiones que afectan su vida e integridad. El motivo de la demanda fue la expedición de licencia ambiental por parte del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial a Ecopetrol para adelantar actividades de exploración y explotación de petróleo en sus territorios. La concesión de la licencia tuvo lugar ante el desconocimiento de la presencia de dicha comunidad en los territorios que iban a ser explorados. En esa ocasión, la Corporación evidenció errores en la actividad que debía desarrollar la entidad estatal encargada de verificar los grupos poblaciones que se encontraban ubicados en las zonas de exploración, hecho que incidió en la violación de los derechos fundamentales de esta comunidad étnica⁴¹¹. Atendiendo dichas circunstancias, el Tribunal expresó que los pueblos indígenas eran titulares del derecho a ser consultados previamente respecto de todas las medidas que los perjudiquen de manera directa, fundamentalmente aquellas relacionadas con el espacio que ocupan y la explotación de los recursos de sus territorios. Manifestó que en el proceso de consulta es necesario establecer si los intereses de los pueblos serán

⁴⁰⁹ *Ibíd.*, p. 133.

⁴¹⁰ *Ibíd.*, p. 133.

⁴¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia T- 880 de 2006*, p. 2.

afectados y en qué grado, antes de implementar o autorizar algún programa de prospección de los recursos existentes en su hábitat. De allí que la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia (entidad encargada de definir cuáles eran los grupos étnicos presentes en la zona de exploración y explotación de recursos naturales) debía haber llevado a cabo el procedimiento de consulta con las comunidades de la región para que estas tuvieran pleno conocimiento sobre la naturaleza y consecuencias sociales, económicas y culturales del Proyecto Pozo Álamo 1 desarrollado por la empresa demandada⁴¹².

En la decisión T- 154 de 2009, La Corte resolvió un asunto planteado por los Gobernadores de los resguardos indígenas Kogui, Kankuano, Arhuaco y Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta, quienes señalaron que el otorgamiento de la licencia ambiental para realizar el Proyecto Río Ranchería omitía varias de las cuestiones planteadas por los miembros de sus comunidades, dándose lugar al no agotamiento del proceso de consulta. En este pronunciamiento se reitera la jurisprudencia sobre el respeto del derecho fundamental de las comunidades indígenas a la consulta previa como mecanismo que tiende a preservar su identidad étnica y cultural. El criterio de la Corte en esta sentencia es que la consulta es un proceso a través del cual el Estado garantiza a las autoridades representativas de los grupos étnicos y a las comunidades involucradas, la participación directa y el acceso a la información sobre un plan o un programa que se pretenda realizar en su territorio. A su vez, asegura que los pueblos tengan conocimiento de los impactos positivos o negativos del proyecto, buscando defender su integridad étnica, cultural, social y económica. Para la consecución de ese objetivo, - expresó- la participación activa y efectiva de las comunidades indígenas es vital en la adopción de decisiones fruto de un acuerdo o una concertación. La realización del proceso de consulta debe desarrollarse mediante procedimientos apropiados, con las instituciones que representan a los grupos étnicos, debe sustentarse en estudios de impacto social, espiritual, cultural y ambiental en cooperación con los pueblos indígenas. Para la ejecución de los proyectos se debe atender los resultados de los estudios que se realicen con las comunidades indígenas y es necesario determinar los términos y las condiciones en los que los grupos étnicos tendrán la oportunidad de participar en la evaluación de las

⁴¹² Ibid., p. 55.

consecuencias que provoque el proyecto y, sí es posible garantizar la participación de las comunidades en los beneficios que reporten las actividades del mismo⁴¹³.

En 2009, la Corporación estudió la demanda de miembros de la Comunidad Bachidubi, Resguardo Río Murindó, quienes consideraron que la Compañía Muriel Mining Corporation que pretendía ejecutar un proyecto de contrato de concesión denominado Mandé Norte, para la exploración y explotación de oro y molibdeno en los departamentos de Antioquia y Chocó, violó sus derechos a la vida, a la seguridad personal, a la consulta previa, a la existencia, a la integridad cultural y social, a la identidad cultural, a la autonomía de las comunidades culturales, a la protección de la riqueza de la Nación y al debido proceso. Uno de los argumentos más importantes que expuso la Corte en esta decisión fue el relativo a la necesidad de no sólo celebrar consulta previa con los pueblos indígenas que pudiesen resultar perjudicados con un plan, programa o proyecto sino también de obtener su consentimiento libre, previo e informado. En su opinión:

“Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias⁴¹⁴”.

A través de esta decisión se refuerza la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, pues establece la obligación de cumplir con el deber de consulta previa, pero también de hacer todo lo posible por obtener el consentimiento de las comunidades cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión que causen graves perjuicios a la vida y a los derechos de estos pueblos. El criterio es adoptado con fundamento en los fallos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en dicha materia.

⁴¹³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia T-154 de 2009*, p. 11-12.

⁴¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia T-769 de 2009*, p. 35.

La Sentencia T- 547 de 2010, estudió la demanda presentada por las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, a quienes se les violó su derecho fundamental a la consulta previa por parte de la Empresa Brisa S.A. quien solicitó licencia ambiental al Ministerio de Medio Ambiente para la construcción y la operación de un puerto multipropósito en el Municipio de Dubilla, Departamento de Guajira. En este caso el Ministerio del Interior señaló que no existían comunidades indígenas en la zona y que el lugar en el que se pretendía desarrollar el proyecto no se superponía con lugares sagrados o de pago. En este pronunciamiento, la Corte reafirmó el carácter fundamental del derecho a la consulta previa, pues consideró que al derivarse del derecho a la participación, el Estado estaba en la obligación de cumplir con los principios constitucionales de respeto de la integridad cultural de las comunidades indígenas⁴¹⁵.

Por su parte, el fallo T-129 de 2011, resolvió la demanda presentada por miembros de la etnia Embera Katio por considerar que los Ministerios de Transporte, Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Interior y de Justicia, de Minas y Energía, de Agricultura, de Defensa, el Consejo Asesor de Regalías adscrito al Departamento Nacional de Planeación, las alcaldías de Unguía y Acandí, la Corporación Autónoma Regional del Chocó (Codechocó), vulneraron sus derechos a la consulta previa, a la participación, propiedad colectiva, debido proceso, a no ser desplazados, al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, a la vida y a la subsistencia como pueblo indígena. Tal vulneración surgió por la presencia de trabajos correspondientes a la construcción de una carretera que incidiría en la vida de los resguardos, el proyecto de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá, los trámites de concesión minera para la explotación de oro y la invasión ilegal del territorio que probablemente ocasionaría desplazamiento de los miembros de las comunidades⁴¹⁶. En este caso, la Corte resolvió tres grandes interrogantes que implicaban a los pueblos indígenas. El primero de ellos hizo referencia a si el consentimiento libre e informado podía entenderse como un poder de veto de las comunidades étnicas a los proyectos de desarrollo o inversión. El segundo aludía a si el consentimiento solo debía obtenerse en los supuestos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala. Y el tercero consistía en determinar si la consulta previa y el consentimiento son las únicas garantías que debe prestar el Estado a las comunidades indígenas.

⁴¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia T- 547 de 2010*, p. 33.

⁴¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia T-129 de 2001*, p. 5.

Respecto al primer interrogante, la Corte señaló que es necesario tener en cuenta que la discusión no puede interpretarse en el sentido de quien veta a quien, sino que debe comprenderse como un espacio de disertación entre partes iguales, en el que los organismos del Estado y sus concesionarios explican de forma clara y transparente cuáles serán los objetivos de la obra y en el que la comunidad puede expresar cuáles serán sus necesidades o posturas frente a la misma. Como el proceso de consulta en varios casos ha constituido un trámite meramente formal, explicó que no sólo se debe limitar a las etapas anteriores a la intervención del territorio étnico, sino que debe tener lugar durante y después de la implementación de la obra o plan de desarrollo. En el momento en que se lleve a cabo la consulta inicial se determinarán los tiempos de revisión del proceso. No es posible hablar de un tiempo único, para la Corte la consulta deberá desarrollarse desde la fase de estudios de factibilidad o planeación y no cuando la obra finaliza, es decir, previamente a su ejecución, porque si se realizará después, se limitaría la creación de un dialogo entre iguales en el que se respete la opinión de la parte contraria, incluida la de la empresa interesada⁴¹⁷.

Por esa razón, consideró que no es posible obligar a una comunidad indígena a abandonar su forma de vida y cultura por el hecho de que su territorio fuese intervenido para la realización de una obra de infraestructura o un proyecto de explotación. Salvo que el juez constitucional o los organismos del Estado indiquen la necesidad de que el consentimiento de los pueblos pueda determinar la alternativa menos lesiva. Lo anterior, como consecuencia de la protección especial que la Constitución concede a las minorías étnicas en los eventos que comprendan proyectos de desarrollo que alienen la desaparición de sus modos de vida y formas culturales. La consulta previa y el consentimiento son necesarios cuando se trate del traslado o el desplazamiento de las comunidades como efecto de la obra o el proyecto, el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en tierras de comunidades indígenas, y/o cuando representen un alto impacto social, cultural y ambiental que ponga en riesgo la existencia de un pueblo indígena. Pero, si la alternativa menos lesiva decidida por la comunidad indígena ocasiona el aniquilamiento o la desaparición del grupo, prevalecerá la protección de los derechos de la comunidad étnica en virtud del principio pro homine⁴¹⁸.

⁴¹⁷ Ibid., p. 74-75.

⁴¹⁸ Ibid., p. 77.

Con relación a la segunda pregunta, La Corte afirmó que el consentimiento no sólo se debe buscar en los casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, sino que toda medida administrativa, de infraestructura, proyecto u obra que afecte territorios indígenas deberá agotar el trámite de consulta previa desde el inicio, y debe estar encaminado a obtener el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas.

En cuanto a la tercera pregunta, la Corte dijo que la consulta previa y la obtención de consentimiento no son las únicas garantías que debe ofrecer el Estado ante planes de infraestructura o de desarrollo en territorios que pertenezcan a comunidades indígenas, debido a que se les debe permitir la participación para que compartan de forma razonable y equitativa los beneficios del proyecto⁴¹⁹.

En resumen, para la Corte todo acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que busque intervenir territorios indígenas debe observar desde el principio, las siguientes reglas⁴²⁰:

a). La consulta previa es un derecho fundamental. Los procesos de consulta deben desarrollarse observando dicho criterio no solo en su proyección sino también en su interpretación.

b). El proceso de consulta es un diálogo entre iguales que tienen posturas diferentes. No se admite posturas de confrontación durante el proceso de consulta.

c). Los trámites administrativos, las reuniones informativas o similares no configuran la celebración de un proceso de consulta.

d). Debe contemplar el establecimiento de relaciones de comunicación inspiradas en el principio de buena fe y en las que se puedan ponderar las diferencias.

e). El termino para materializar el proceso de consulta y la obtención del consentimiento debe integrar un enfoque diferencial respetuoso de las particularidades y costumbres del pueblo indígena, en especial cuando se hable de la planificación del proyecto o antes de su ejecución.

⁴¹⁹ Ibid., p. 78.

⁴²⁰ Ibid., p. 80-82.

f). Se debe definir un proceso pre-consultivo y/o post consultivo con la participación de las comunidades indígenas. Tal participación debe tener lugar durante las etapas previas de estos procesos.

g). La limitación de los derechos de los grupos indígenas deben obedecer a fines constitucionales de carácter imperativo.

h). Es importante la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades tendrán la oportunidad de determinar la alternativa menos lesiva cuando la intervención tenga que ver con el traslado o el desplazamiento de las comunidades por un proyecto, obra o actividad; cuando se trate del almacenamiento de desechos tóxicos en su hábitat, y cuando represente un fuerte impacto para sus estructuras sociales, culturales y económicas.

i). Las autoridades ambientales o arqueológicas, deben controlar la expedición de licencias cuando se compruebe que no se realizó consulta previa con los pueblos implicados.

j). Se debe garantizar que los pueblos indígenas compartan los beneficios de la obra de manera equitativa, así como también que se presente la correspondiente mitigación e indemnización por los daños causados.

En la decisión T-693 de 2011⁴²¹, la Corte hizo referencia a que la protección constitucional del derecho a la libre determinación de las comunidades indígenas se hacía efectiva mediante el deber del Estado de realizar procesos de consulta antes de la adopción y la ejecución de decisiones que los puedan afectar de manera directa⁴²². Aludió a toda la línea jurisprudencial elaborada en el marco de protección de derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas y explicó cuáles serían los supuestos en los que la celebración de la consulta debería ser de estricto cumplimiento. Entre ellos mencionó los siguientes: decisiones administrativas relacionadas con proyectos de desarrollo; licencias ambientales, contratos de concesión y concesiones mineras, entre otros; presupuestos y proyectos de inversión financiados con recursos del

⁴²¹ En este pronunciamiento la Corte estudió la demanda del Cabildo indígena Turpial-La Victoria integrado por el pueblo indígena Achagua, contra el Ministerio del Interior y de Justicia y de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y la empresa petrolera Meta Petroleum Limited, y en la que se invocó la violación del derecho fundamental a la consulta previa.

⁴²² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia T-693 de 2011*, p. 33.

presupuesto nacional; decisiones sobre la prestación del servicio de educación que afectan directamente a las comunidades; y medidas legislativas.

La sentencia C- 366 de 2011, recordó que el derecho de las comunidades indígenas a participar en las medidas referentes al aprovechamiento de los recursos mineros ubicados en sus territorios debe ser compatible con las particularidades de su identidad diferenciada, porque en las actividades de exploración y explotación minera concurren distintos factores de riesgo para el ejercicio de los derechos constitucionales de las comunidades indígenas. A pesar de tratarse de actividades que están sometidas a las regulaciones legales del caso, en muchos casos dan lugar a la incursión de grupos ilegales, desplazamiento forzado y contaminación del medio ambiente. Los riesgos que ocasiona la actividad minera exige el deber estatal de garantizar la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, so pena de generar algún tipo de daño a su integridad étnica y cultural⁴²³.

⁴²³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia C- 366 de 2011*, p. 61-62.

CONCLUSIONES

Uno de los factores que imposibilita el reconocimiento de las pretensiones colectivas indígenas, alude al desconocimiento de que los grupos étnicos son comunidades que tienen una prolongación histórica con sociedades precedentes a la conquista - colonización y que se han forjado en sus territorios o en alguna parte de ellos. Que al ser pueblo se convierten en “el agente (y paciente) de una historia que unifica como sujeto colectivo a los que la protagonizan: enraizándoles en el pasado y proyectándoles hacia el futuro¹”. Al mismo tiempo, que se constituyen como un grupo cultural diverso que pretende preservar sus territorios ancestrales e identidad de conformidad con sus parámetros culturales, autoridades judiciales y sistemas sociales. El desconocimiento del sentido que adquiere la noción de pueblo, ha llevado a que los indígenas hayan sido sometidos a esclavitud, expropiación, despojo, genocidio, imposición de modelos culturales eurocentristas, asimilación, pérdida de identidad. Como habitantes de un Estado impuesto, se enfrentan en la actualidad a constantes violaciones de sus derechos humanos. Muchos de ellos demandan el reconocimiento y el respeto de sus derechos a la autodeterminación, es decir, a la autonomía, el autogobierno, la integridad cultural y la conservación territorial. En algunos países de América Latina, se encuentran en vía de extinción, comienza a desaparecer su lengua, costumbre, tradición y cosmovisión, no sólo por el abandono estatal sino también por las prácticas económicas de la globalización y los nuevos sistemas de información. La realidad de los pueblos indígenas se dibuja en la carencia en el acceso a servicios educativos, sanitarios o de administración de justicia. Se encuentran inmersos en conflictos armados, se ubican en las escalas de pobreza más bajas en comparación con la población mayoritaria, atentan contra su vida, integridad física, libertad de circulación. Son objeto de tratos degradantes, persecuciones, desplazamiento forzado, violencia de género y mortalidad infantil.

Las entidades gubernamentales por su parte, desconocen con frecuencia que a la hora de determinar su intervención en la comunidad política y de satisfacer sus necesidades básicas requieren de atención primordial, pues se trata de grupos diferenciados que además se encuentran en condición de vulnerabilidad. Es importante mencionar que las demandas dirigidas a obtener el reconocimiento de sus derechos

¹ VIDAL, José, *Derechos Humanos y Diversidad Cultural. Globalización de las Culturas y Derechos Humanos*, Icaria, Madrid, 2006, p. 318.

colectivos sientan sus bases en la importancia que comporta la conexión que mantienen con otros miembros de la comunidad a la que pertenecen, la cual más allá de traducirse en las relaciones e interacciones sociales propias de un colectivo de seres humanos, demuestran la inexorable necesidad de mantener vivas sus propias formas de vida, sus manifestaciones culturales: lengua, religión, costumbres y tradiciones y la inexcusable obligación que debe asumir el Estado de facilitar la creación de espacios de participación democrática para que puedan expresar sus necesidades, intereses y aspiraciones como grupo.

Aunque la protección de la diversidad cultural de los pueblos indígenas ocupa un lugar muy importante en la discusión sobre los derechos colectivos, no es la única razón que debe motivar el reconocimiento de estos derechos, sino la realidad de los grupos diferenciados, la presencia de unas necesidades insatisfechas, la permanencia de una titularidad abstracta que evidentemente requiere de una integración a la sociedad mayoritaria en sentido fuerte -como afirma De Lucas-, que favorezca su participación en condiciones de igualdad en la esfera económica, política, jurídica; en la creación de medidas que contemplen el acceso y la participación en los derechos, en la ciudadanía, en la soberanía, en la distribución de bienes y servicios y en la construcción de una comunidad política equitativa e incluyente².

La inclusión de los pueblos indígenas a la sociedad mayoritaria no debe ser concebida como asimilación o implementación de prácticas y políticas de carácter paternalista que los asistan, sino que debe ser interpretada en términos de reciprocidad y reconocimiento del otro. Las pautas para lograr el reconocimiento y la inclusión de grupos étnicos deben fomentar en primer lugar, la construcción de una comunidad política que contemple dentro de sus fines el reconocimiento de todos sus derechos humanos como pueblo. En segundo lugar, debe comprender el reconocimiento de sus formas de organización social, política, cultural, es decir, entes representativos, autonomía, derecho indígena, en otras palabras, la protección efectiva de su derecho a la libre determinación, con las consecuencias que ello comporta, esto es, la salvaguarda de sus derechos a la tierra, territorios, recursos naturales, derecho al desarrollo propio, derecho a participar en las decisiones susceptibles de afectarles, derecho a la consulta previa, derecho a obtener consentimiento libre e informado, derechos sociales, económicos y culturales. En tercer

² DE LUCAS, Javier, *Sobre algunas dificultades de la noción de derechos colectivos*, en Una Discusión sobre Derechos Colectivos, cit., p. 160-161.

lugar, debe integrar el deber de los Estados de incentivar la participación de las comunidades étnicas no sólo en la vida política, sino también en la vida social y por supuesto en su vida comunitaria. Quizá esta última pauta es la que más importancia adquiere, porque ante la ausencia de participación en las esferas sociales, políticas y económicas de un Estado, los pueblos indígenas no tienen voz, son invisibles ante los programas o medidas que busquen definir las políticas públicas de un Gobierno en concreto.

Como las políticas del gobierno de turno casi siempre están ligadas a intereses económicos privados, pues con mucha más razón la intervención de los pueblos indígenas es relevante. La ausencia de la participación indígena supone un riesgo para la preservación de su identidad cultural, no porque dichas políticas en muchos casos no contemplen un enfoque diferencial- esa no es la única razón-, sino porque otros fenómenos sociales o factores de naturaleza económica que hacen presencia en el desarrollo de sus tradicionales modos de vida, directa o indirectamente inciden en la desaparición de sus costumbres, tradiciones y cosmovisiones. El hecho de que los pueblos indígenas tengan derecho a participar en todos los ámbitos de su vida, especialmente en las decisiones que los perjudiquen, significa que las minorías étnicas tienen la oportunidad de expresar ante el Estado cuáles son los derechos que quieren que se les respete, cual es su punto de vista frente a lo que perjudica o beneficia su vida comunitaria, cuáles son las medidas que se proponen para el desarrollo de sus comunidades, cuáles son los mecanismos que se integraran para permitir una participación activa y efectiva, en qué condiciones se celebrará, cuáles serán los puntos que discutirán, que tipo de medidas se adoptaran para afrontar los posibles impactos para su vida social, política, económica y cultural, que clase de mecanismos permitirán la compensación de beneficios o la indemnización de daños. Cuál será el rol que jugaran los agentes externos a sus comunidades, las autoridades tradicionales, los mismos miembros de la comunidad indígena, los entes estatales a nivel nacional y local.

La definición de los mecanismos que contribuyan a la participación de las comunidades es trascendental a la hora de hablar de la protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. A través de ellos se establece un deber principal para el Estado y un derecho correlativo para los pueblos indígenas. La obligación de garantizar la celebración de consultas sobre medidas legislativas o administrativas que puedan llegar a afectar la vida de los pueblos indígenas, hace que surja el derecho fundamental de

estos pueblos a la consulta previa, como mecanismo que favorece la preservación de la identidad cultural y el derecho a la libre determinación. La celebración de consultas previas sobre las medidas antes mencionadas comporta un tema álgido para la actualidad de los países de América Latina, principalmente para Colombia. Es un tema de vital importancia porque involucra intereses contrapuestos. Uno, está precedido por el Estado y tiene que ver con el desarrollo o la creación de políticas que conciernen directamente a los pueblos indígenas y que generalmente están relacionados con el desarrollo económico del país; otro está en cabeza de los pueblos indígenas y está vinculado al respeto de su derecho a la libre determinación, al respeto de su relación con el territorio y a la definición de sus propias prioridades de desarrollo.

El derecho a la consulta ha sido interpretado por algunos sectores de la sociedad, como un derecho de veto a los proyectos o a las medidas que pretende desarrollar el Estado. Sin embargo, más allá de ser considerado como un obstáculo para el desarrollo nacional, la consulta tiene que ser comprendida como un mecanismo que fortalece los canales de comunicación entre el Estado y los pueblos indígenas. Debe tratarse de un dialogo entre iguales, un dialogo de carácter intercultural en el que confluyan posturas distintas que tienen que ser debatidas en un espacio apropiado en el que estén presentes los principios de igualdad, buena fe, respeto de las instituciones propias y de la integridad cultural de las comunidades indígenas. La celebración de una consulta adecuada y de buena fe constituye la base para el respeto de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Esta celebración de consulta debe tener lugar antes de la adopción de la medida o de la aprobación del proyecto, plan u obra. Debe tratarse de un espacio de intercambio de opiniones en el que exista respeto mutuo entre las partes, transparencia y entrega de información clara y precisa sobre el objeto y la naturaleza de la propuesta, sus consecuencias y la disposición de los sujetos intervinientes para la definición de alternativas menos lesivas. Abarca el respeto de las formas propias de decisión de los pueblos indígenas e implica la intención de llegar a un verdadero acuerdo y de obtener el consentimiento libre, previo e informado. A través de los procedimientos de consulta los pueblos indígenas pueden intervenir en la evaluación previa de los efectos de la medida, obra o actividad propuesta, principalmente cuando vulnere sus derechos fundamentales e intereses. Está encaminada a establecer acuerdos favorables para sus propias prioridades de desarrollo, a obtener beneficios y a fomentar el disfrute de sus derechos humanos.

En efecto, es innegable que el derecho a la consulta previa merece una protección especial en contextos como el colombiano, no sólo porque es evidente que existe una desarticulación entre las normas internacionales que consagran los derechos humanos de los pueblos indígenas y las prácticas estatales, sino también porque la proliferación de proyectos de desarrollo en el país pone cada vez más en riesgo a las comunidades indígenas. No obstante, más allá de reiterar el concepto de consulta previa, sus características, elementos y normas en las que se fundamenta, así como parámetros jurisprudenciales nacionales e internacionales que tienden a garantizar el respeto de los derechos de los pueblos indígenas, en especial el derecho a la consulta, considero que, dentro de los aspectos que permitirán una adecuada implementación de consulta previa, libre e informada a medidas legislativas y administrativas, principalmente cuando se trate de actividades para desarrollo minero, forestal o de infraestructura que tiendan a perjudicar a los pueblos indígenas de Colombia, y que contribuirán a la preservación de la diversidad étnica y cultural del país, se encuentran:

a. La creación de una reglamentación jurídica del procedimiento de consulta conforme a las obligaciones internacionales consagradas en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptados por el Estado Colombiano, así como con las reglas establecidas por la jurisprudencia nacional e internacional en la materia. El diseño de esa reglamentación debe estar precedido por un proceso pre - consultivo que cuente con la amplia intervención de las instituciones representativas indígenas y de las autoridades gubernamentales competentes a fin de establecer los tiempos, condiciones y metodología del proceso de consulta, es decir, la definición de plazos determinados para las etapas de la consulta, ya que un único proceso de consulta resultaría ser insuficiente para los intereses que se encuentran en juego.

b. La inclusión de los pueblos indígenas en la planificación estratégica de la explotación de los recursos naturales existentes en su territorio, en otras palabras, la especificación de estrategias de planeación y monitoreo, a partir de actividades de comunicación y divulgación sobre las medidas que puedan damnificar a los pueblos indígenas. Custodiar todos los niveles del procedimiento: acercamiento inicial, debates, reuniones, presentaciones, socialización, protocolización de la consulta. En esta actividad pueden intervenir principalmente los organismos de control y vigilancia nacional y regional designados para esos efectos; de hecho, también pueden participar los miembros de la

comunidad quienes podrán denunciar cualquier alteración que avizoren en las fases del procedimiento.

c. El suministro de los recursos financieros y logísticos y la presencia de personal idóneo para desarrollar consultas adecuadas. Se requiere que las personas que intervengan en el proceso posean competencias interculturales, es decir, que tengan conocimientos sobre la cultura, los valores, las concepciones y las prácticas indígenas al igual que experiencia en prácticas respetuosas de los derechos humanos, medio ambiente y sostenibilidad ecológica. También es importante que las personas que pertenecen a los grupos indígenas hagan parte de ese personal, de modo que la postura indígena integre la valoración general del procedimiento de consulta.

d. La definición de criterios para establecer riesgos previsibles, es decir, factores que inciden en las transformaciones sociales, políticas, económicas, culturales y ambientales de las comunidades indígenas. En este último aspecto, esto es, en el ámbito ambiental cuando las empresas estén contaminando el medio ambiente es posible imponer permisos transferibles para determinar el nivel de contaminación que puedan llegar a emitir y así contrarrestar sus efectos³. En cuanto a los cambios del sistema social y cultural es posible determinar las características especiales de cada comunidad, sus relaciones con otros grupos indígenas, su acceso a derechos económicos, sociales y culturales, su vínculo espiritual con la tierra, la búsqueda de necesidades específicas de mujeres, niños, ancianos o personas con discapacidad (mediante identificación de factores de vulnerabilidad).

e. Es importante también la identificación y la debida corrección de los desequilibrios de poder.

f. En caso de estar ante medidas, planes o proyectos a gran escala que comporten una grave violación de los derechos de los pueblos indígenas, el Gobierno está en la obligación de obtener el consentimiento de las comunidades involucradas bajo la base de un proceso de consulta apropiado. Es necesario tener en cuenta que los pueblos indígenas tienen derecho a abstenerse a celebrar consultas y por lo tanto a

STIGLITZ, Joseph, *La economía del sector público*, Trad. Ma. Esther Rabasco, Antoni Bosch, Barcelona, 2000, p. 269.

otorgar su consentimiento. Esa decisión debe ser respetada por el Estado y por las empresas interesadas en emprender un proyecto en territorio indígena.

g. Elaborar un plan de trabajo en el que se defina por un lado, el acceso a la información sobre la viabilidad técnica y financiera de los planes que se propongan y los beneficios que éstos reporten, de modo que se pueda definir una distribución equitativa de los mismos y por otra, la determinación de las funciones de organismos delegados por el Gobierno Nacional, empresas involucradas, instituciones indígenas representativas y comunidad en general para que la negociación, acuerdo o consenso se cumpla bajo la observación de todos los preceptos legales. El plan de trabajo es una propuesta que puede presentar el Estado o la compañía interesada, pero este deberá incluir las propuestas de los entes estatales y los planes alternativos de los pueblos y organizaciones indígenas y estará supervisado por las instituciones estatales incluso por las organizaciones indígenas. Debe incluir medidas de compensación de daños y reparación económica para los indígenas que resulten mayormente lesionados.

h. Tratándose de casos específicos, es necesaria la determinación del número total de pueblos indígenas que serán sujetos de las medidas legislativas o administrativas.

i. En cuanto a medidas relativas a acuerdos que reconocen licencia ambiental o título minero se requiere la precisión del área territorial o zona donde se llevará a cabo la extracción, exploración, explotación o construcción. La delimitación exacta de las zonas que no podrán llegar a ser afectadas por la actividad, obra o proyecto.

j. La identificación completa de habitantes de la zona que tiene la capacidad legal y/ o jurídica para participar en las fases de información, consulta y acuerdo. El examen de niveles educativos y de lengua de los miembros de la comunidad indígena, la especificación de sus diferencias sociales y culturales respecto a otras comunidades indígenas, mediante los esquemas que suministren los departamentos nacionales y regionales de estadística; las cifras que posea cada resguardo y cabildo indígena y los estudios que realicen los expertos contratados por las empresas para determinar las características de cada comunidad indígena.

k. Respetar los tiempos que determinen las autoridades indígenas para la adopción de decisiones, esto quiere decir que conviene que las autoridades gubernamentales orienten sus actuaciones con fundamento en los procedimientos propios de los pueblos indígenas.

l. Promover el empoderamiento de los titulares del derecho a partir de la capacitación e instrucción acerca de la protección de sus derechos fundamentales y normativa aplicable al proceso de consulta; lo anterior, puede realizarse mediante labores de coordinación con organizaciones indígenas las cuales pueden brindar asesoría y apoyo a los líderes indígenas respecto a las acciones que se pueden adelantar ante las instancias judiciales.

m. Seguir de cerca la evolución de los riesgos de las medidas y el cumplimiento del acuerdo por parte de todos los actores a partir de la presentación de informes de los representantes indígenas y los organismos de control en el que se especifiquen los criterios atendidos en los debates, la presencia de factores de amenaza u otros que atenten contra su integridad como pueblos.

n. Las empresas tienen la obligación de respetar los derechos humanos de los pueblos indígenas. De acuerdo con las nuevas pautas de derecho internacional, especialmente las entregadas por el Relator de los derechos de los pueblos indígenas, dicha responsabilidad ha de ser independiente de las obligaciones del Estado de respetar los derechos humanos de las minorías étnicas. Las empresas deben actuar con debida diligencia, para evitar que sus actos constituyan violaciones a los derechos humanos de los pueblos indígenas. Es indispensable controlar las actividades de las empresas que ejecutan actividades en territorios indígenas y establecer medidas para monitorear y sancionar sus actuaciones. Igualmente, se hace necesaria la creación de observatorios de buenas prácticas en los que se registren los casos en los que el derecho a la consulta previa ha sido debidamente protegido y en los que se contemple el desarrollo de otros medios que contribuyan a la salvaguarda del derecho en cuestión.

o. Incentivar un dialogo intercultural respetuoso de la diversidad, los saberes ancestrales, los planes de vida y la autonomía de estos pueblos. Se tratará de un dialogo en el que se discutirán las pretensiones de todos los sujetos participantes, las exigencias y demandas indígenas y también las condiciones del Gobierno o de sus concesionarios. ¿Cómo lograrlo? Aceptando el valor de la diferencia y la identidad indígena, partiendo del

reconocimiento explícito de la existencia de contextos de pluralidad cultural que integran visiones distintas acerca del desarrollo y de la calidad de vida, y en donde se asuma que los intereses colectivos de los grupos étnicos deben estar relacionados con el respeto de su derecho a participar en las decisiones que los afectan.

p. Las obligaciones de respetar los derechos colectivos de los pueblos indígenas en el marco del proceso de consulta previa, no sólo se debe predicar de las autoridades estatales o de las empresas interesadas en la realización de un proyecto o una obra, sino que deben corresponder también a otros sectores de la sociedad civil. Sin embargo, más que una obligación creo que debe comprenderse como un compromiso social, un compromiso que puede resultar valioso a la hora de cuestionar y denunciar las violaciones a los derechos humanos de los pueblos indígenas del mundo.

BIBLIOGRAFÍA

Monografías.

ALVAREZ MOLINERO, Nathalia, *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: hacia un mundo intercultural y sostenible*, Los libros de la Catarata, Madrid, 2009.

ANAYA, James, *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*, Universidad Internacional de Andalucía, Trotta, Madrid, 2005.

BURGER, Julián, *Aborígenes: para un futuro de los pueblos indígenas*, Celeste, Madrid, 1992.

DE LUCAS, Javier, *La Multiculturalidad*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.

GALVIZ, María Clara, *Manual para defender los derechos de los pueblos indígenas*, Due Process of Law Foundation, Washington D.C., 2011.

GEERTZ, Clifford, *La interpretación de las culturas*, Trad. Alberto L. Bixio, Gedisa, Barcelona, 2003.

GONZALEZ POSSO, Camilo, *Renta Minera, Petróleo, y Comunidades*, INDEPAZ, Bogotá D.C. 2011.

GRAY, Andrew, *Entre la integridad cultural y la asimilación. Conservación de la biodiversidad y su impacto sobre los pueblos indígenas*, Iwgia, Copenhague, 1992.

JARAMILLO, Efraín, *Indígenas Colombianos y Estado, Desafíos ideológicos y políticos de la multiculturalidad*, Iwgia, Colombia, 2011.

KEESING, Roger, *Lecturas de antropología social y cultural, la cultura y las culturas*, Trad. Honorio M. Velasco, UNED, Madrid, 1993.

MUGARIK, Gabe, *Pueblos Indígenas: Nuestra visión del desarrollo*, Icaria, Madrid, 1995.

MULHALL, Stephen, *El individuo frente a la comunidad. El debate entre liberales y comunitaristas*, Trad. Enrique López Castellón, Temas de hoy, Madrid, 1996.

OLIVA, DANIEL, *La cooperación internacional con los pueblos indígenas, desarrollo y derechos humanos*, Cideal, Madrid, 2005.

_____, *Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural*, Publicacions Universitat de València: Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

_____, *Los Pueblos Indígenas a la conquista de sus derechos Fundamentos, contextos formativos y normas de Derecho Internacional*, Universidad Carlos III de Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2012.

PAREKH, Bhikhu, *Repensando el Multiculturalismo, Diversidad Cultural y Teoría Política*, Trad. Sandra Chaparro, Istmo, Madrid, 2005.

PERNÍA DOMICÓ, Kimy, *Kimy, palabra y espíritu de un río, Kimy, bed'ea jauri ome dod' ebena*, Efraín Jaramillo (Comp.), IWGIA, Colectivo de Trabajo Jenzerá, Bogotá, D.C., 2011.

SANCHEZ BOTERO, Esther, *Los derechos indígenas en las Constituciones de Colombia y Ecuador en Constitución y derechos indígenas*, Jorge Alberto González Galván (Coord.), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.

SOUSA SANTOS, B., *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Trotta, 2008. (ed. Colombiana, ILSA, Bogotá, 2009).

STIGLITZ, Joseph, *La economía del sector público*, Trad. Ma. Esther Rabasco, Antoni Bosch, Barcelona, 2000.

TORRECUADRADA GARCIA-LOZANO, María Soledad, *Los Pueblos Indígenas en el orden internacional*, Dykinson, Madrid, 2001.

VIDAL, José, *Derechos Humanos y Diversidad Cultural. Globalización de las Culturas y Derechos Humanos*, Icaria, Madrid, 2006.

Capítulo de Monografías.

ALVAREZ MOLINERO, Natalia, *El sujeto indígena y el derecho de autodeterminación, en la Declaración de Naciones Unidas de los Pueblos Indígenas ¿Tienen los Pueblos Indígenas personalidad jurídica internacional?*, en Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas: hacia un mundo intercultural y sostenible, Los libros de la Catarata, Madrid, 2009, pp. 213-232.

ANAYA, James, *Pueblos indígenas, comunidad internacional y derechos humanos en la era de la globalización* en Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas, Fernando M. Mariño Menéndez, Daniel Oliva Martínez (Edit.), Dykinson, Madrid, 2004, pp. 89-99.

_____, *Porque no debería existir una Declaración sobre los derechos de los Pueblos Indígenas*, en Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas: hacia un mundo intercultural y sostenible, Los libros de la Catarata, Madrid, 2009, pp.37-49.

BERRAONDO, Mikel, *Derecho humano al medio ambiente y pueblos indígenas. Dos derechos con un mismo fin*, en Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas, Fernando M. Mariño Menéndez, Daniel Oliva Martínez (Edit.), Dykinson, Madrid, 2004, pp. 73-88.

_____, *Pueblos Indígenas y recursos naturales bajo el sistema interamericano de derechos humanos, entre la privatización y el ejercicio de los derechos humanos*, en Caminos hacia el reconocimiento: pueblos indígenas, derechos y pluralismo, Clavero Salvador, Bartolomé, Universitat de Girona, Girona, 2005, pp. 141-179.

_____, *Territorios Indígenas colombianos. Una historia de expolio, desplazamiento y extinción*, en Los Derechos de los Pueblos Indígenas a los recursos naturales y al territorio: conflicto y desafíos en América Latina, Marco Aparicio Wilheimi (Edit.), Icaria, Barcelona, 2011, pp. 297-328.

_____, *Tierras y Territorios como elementos sustantivos del derecho humano al medio ambiente* en Pueblos Indígenas y derechos humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp.469-488.

CLAVERO, Bartolomé, *Desprestigio de políticas indigenistas y prestigio de derechos humanos*, Estudios y Debates sobre multiculturalismo y derecho indígena desde las visiones México – España, Universidad Autónoma "Benito Juárez" de Oaxaca: Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la UABJO, Oaxaca, 2008. pp. 31-48.

DAES, Erica-Irene, *Breve revisión de los derechos fundamentales de los Pueblos indígenas en el mundo*, en Prevención de la violencia, Atención a grupos vulnerables y los Derechos Humanos. Los derechos de los Pueblos Indígenas, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2003, pp.35-50.

DESCOLA, Philippe, *Las cosmologías indígenas de la amazonia*, en Tierra Adentro, Territorio Indígena y percepción del entorno, Alexander Surrallés, Pedro García Hierro (Editores), Iwgia, Documento No. 39, Copenhague, 2004, pp. 25-36.

FARIÑAS DULCE, María José, *Las fronteras identitarias* en Estudios y Debates sobre multiculturalismo y derecho indígena desde las visiones México - España, Universidad Autónoma "Benito Juárez" de Oaxaca: Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la UABJO, Oaxaca, 2008, pp.49-56.

GARCIA- FALCES, Nieves, *La Declaración como instrumento para la convivencia intercultural*, en Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas: hacia un mundo intercultural y sostenible, Los libros de la Catarata, Madrid, 2009, pp.111-119.

GOMEZ ISA, Felipe, *Los Pueblos Indígenas como sujetos del Derecho al desarrollo*, en Pueblos Indígenas y derechos humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp.451-468.

HOUGHTON, Juan, *Estrategia petrolera en los territorios indígenas* en La Tierra contra la Muerte, Conflictos Territoriales de los Pueblos Indígenas de Colombia, CENTRO DE COOPERACIÓN AL INDIGENA (CECOIN), ORGANIZACIÓN INDIGENA DE ANTIOQUIA (OIA), Observatorio de Políticas Públicas de desarrollo y derechos étnicos, Ediciones Antrophos, Bogotá, 2008, pp. 15-56.

KEMPF, Isabell, *Programa de Reducción de la pobreza para los pueblos indígenas: porque se necesita un enfoque basado en los derechos*, en Caminos hacia el reconocimiento: pueblos indígenas, derechos y pluralismo, Clavero Salvador, Bartolomé, Universitat de Girona, Girona, 2005, pp.291-322.

KUPPÉ, René, *Derechos Indígenas y protección del medio ambiente, ¿Dos estrategias en contradicción?*, en Pueblos Indígenas y derechos étnicos, VII Jornadas Lascasianas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1999, pp.173-184.

LOPEZ BARCENAS, Francisco, *Autonomías indígenas en América: de la demanda de su reconocimiento a su construcción*, en Estudios y debates sobre multiculturalismo y derecho indígena desde las visiones México-España, Universidad Autónoma "Benito Juárez" de Oaxaca: Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la UABJO, Oaxaca, 2008, pp. 273-298.

MARIÑO, Fernando, *Derechos Colectivos y Ordenamiento Jurídico Internacional*, en Una Discusión sobre Derechos Colectivos, Francisco Javier Ansuategui (Ed.), Dykinson, Madrid, 2001, pp.77-93.

MARTINEZ DE BRINGAS, Asier, *Los pueblos indígenas ante la construcción de los procesos multiculturales. Inserciones en los bosques de la biodiversidad* en Pueblos Indígenas y derechos humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp.85-108.

MONDRAGON, Hector, *Megaproyectos y Territorios indígenas*, en La Tierra contra la Muerte, Conflictos Territoriales de los Pueblos Indígenas de Colombia, CENTRO DE COOPERACIÓN AL INDIGENA (CECOIN), ORGANIZACIÓN INDIGENA DE ANTIOQUIA (OIA), Observatorio de Políticas Públicas de desarrollo y derechos étnicos, Ediciones Antrophos, Bogotá, 2008, pp. 223-230.

OLIVA, Daniel, *Los pueblos Indígenas y la Alianza de civilizaciones*, en Estudios y Debates sobre multiculturalismo y derecho indígena desde las visiones México- España, Universidad Autónoma "Benito Juárez" de Oaxaca: Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la UABJO, Oaxaca, 2008, pp. 139-168.

_____, *Titularidad, contenido material, y límites de los derechos de los pueblos indígenas, hacia un ordenamiento jurídico internacional, preservador de la diversidad* en Una discusión sobre la gestión de la diversidad cultural, Oscar Pérez de la Fuente (Ed.), Dykinson, Madrid, 2008, pp. 181-282.

_____. *Un intento de fundamentación de los derechos de los Pueblos Indígenas en el ordenamiento internacional*, en Caminos hacia el reconocimiento: pueblos indígenas, derechos y pluralismo, Clavero Salvador, Bartolomé, Universitat de Girona, Girona, 2005, pp. 48-100.

REAL ALCALÁ, Alberto, *Conflicto cultural: Opciones de gestión y Estado de Derecho*, en Estudios y Debates sobre multiculturalismo y derecho indígena desde las visiones México – España, Universidad Autónoma "Benito Juárez" de Oaxaca: Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la UABJO, Oaxaca, 2008, pp. 125-138.

RODRIGUEZ PIÑERO, Luis, *El caso Awas Tigni y la norma internacional de propiedad indígena de las tierras y recursos naturales*, en Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas, Fernando M. Mariño Menéndez, Daniel Oliva Martínez (Edit.), Dykinson, Madrid, 2004, pp. 221-248.

STRAVENHAGEN, Rodolfo, *Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos* en Pueblos Indígenas y derechos humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp.21-28.

_____. *¿Por qué los derechos indígenas?* en Prevención de la violencia, Atención a grupos vulnerables y los Derechos Humanos. Los derechos de los Pueblos Indígenas, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2003, pp. 15-34.

TARAPUES CUAICAL, Efren, *Hay que saber ser: como el agua, la piedra, la espuma y el río*, en Antes el Amanecer, Antología de las literaturas indígenas de los Andes y la Sierra Nevada de Santa Marta, Ministerio de Cultura, Biblioteca Básica de los Pueblos Indígenas de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 280-282.

TEJERINA, Benjamín, *Teorías contemporáneas de la acción y teoría de la identidad*, en Las encrucijadas de la diversidad cultural, ARIÑO, Antonio, (Edit.), Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 2005, pp.113-138.

VILLORO, Luis, *Derechos Humanos, Derechos de los Pueblos*, en Prevención de la violencia, Atención a grupos vulnerables y los Derechos Humanos. Los derechos de los Pueblos Indígenas, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2003, pp. 87-104.

WILHELMI, Marco Aparicio, *El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Libre Determinación* en Pueblos Indígenas y Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 399-422.

_____. *Los Pueblos Indígenas y el derecho: los límites del reconocimiento jurídico de la multiculturalidad en América Latina*, en Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas: hacia un mundo intercultural y sostenible, Los libros de la Catarata, Madrid, 2009, pp. 193-211.

YAÑEZ, Nancy, *Reconocimientos legislativos de los derechos ambientales indígenas en el ámbito internacional*, en Pueblos Indígenas y Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 488-508.

Artículos de Revista Académica.

ANTKOWIAK, Thomas; GONZA, Alejandra, *El derecho a la consulta en las Américas: marco legal internacional*, en Aportes DPLF, Revista de la Fundación para el Debido, Proceso Legal, No. 14, Año 3, 2010, pp. 2-5.

BLAZQUEZ, MARTIN, Diego, *La propiedad de los pueblos indígenas y una discusión acerca de sus derechos como colectivos e individuales*, en Derechos y Libertades, Año IX, No. 13, 2004, pp. 385-397.

CRAIG, Donna, *Interconexión entre derechos humanos, medio ambiente y pueblos indígenas*, en Revista Arazandi de Derecho Ambiental, No. 12, 2007, pp. 31-46.

CONTRERAS PELAEZ, Francisco, *Los derechos indígenas en las nuevas constituciones hispanoamericanas*, en *Derechos y Libertades*, Época II, 2012, pp. 83-107.

CUNNINGHAM, Mirna, *Acerca del buen vivir de los pueblos indígenas en Latinoamérica*, en *Desarrollo y Derecho Consuetudinario, Asuntos Indígenas*, IWGIA, 2010, pp. 52-59.

GARCIA HIERRO, Pedro, *Territorios Indígenas. Tocando a las puertas del derecho*, en *Revista de Indias*, Vol. LXI, No. 223, 2001, pp. 619-647.

GOMEZ ISA, Felipe, *El derecho al desarrollo en el 25 aniversario de la Declaración sobre el derecho al desarrollo*, en *Derechos y Libertades*, Número 26, Época II, 2012, pp. 181-204.

KROTZ, Esteban, *La nación ante los derechos de sus pueblos indígenas: sobre cultura y relaciones interculturales desde una perspectiva antropológica*, en *Estudios sobre las culturas contemporáneas*, Vol. XV, No. 30, 2009, pp. 11-27.

MARTINEZ DE BRINGAS, Asier, *Derechos Humanos y diversidad (es) cultural (es). Los retos de la interculturalidad*, en *Derechos y Libertades*, Número 26, Época II, 2012, pp. 109-144.

_____, *Las políticas interculturales ante los retos de los derechos de los pueblos indígenas*, *Revista internacional de Filosofía Política*, No. 33, 2009, pp. 103-124.

PADILLA, Guillermo, *Consulta previa en Colombia y sus desarrollos jurisprudenciales. Una lectura desde los pueblos indígenas, las empresas y el Estado*, en *El derecho a la consulta previa de los Pueblos Indígenas en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung, La Paz, 2012, pp. 79-114.

RODRIGUEZ- PIÑERO, Luis, *Las agresiones del desarrollo: Pueblos Indígenas, Normas Internacionales e Industrias Extractivas*, en *Relaciones Internacionales* No. 11, Universidad Autónoma de Madrid, 2009, pp. 43-78.

SALINAS ALVARADO, Carlos, *La consulta previa como requisito obligatorio dentro de los trámites administrativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas y tribales en Colombia*, en *Revista de Estado* No. 27, julio-diciembre 2011, pp. 235-259.

SEMPER, Frank, *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, pp. 761-778.

Publicaciones.

AMNISTIA INTERNACIONAL, *Sacrificar los Derechos en nombre del Desarrollo. Los Pueblos Indígenas de América bajo amenaza*, Madrid, 2011.

CONSULTORIA PARA LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DESPLAZAMIENTO (CODHES), *El derecho fundamental a la consulta previa: línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en la materia*, Documentos CODHES 24, Bogotá, D.C., 2012.

FONDO PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, *El enfoque del etnodesarrollo y la teoría del control cultural*, en *Debates sobre desarrollo: La visión de la ONU y la cooperación internacional*, La Paz, 2007.

MINISTERIO FEDERAL DE COOPERACIÓN ECONOMICA Y DESARROLLO, Fortalecimiento de organizaciones indígenas en América Latina, PROINDIGENA, *El derecho a la consulta previa: Normas jurídicas, prácticas y conflictos en América Latina*, Gíz, [s.l.].

OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta libre, previa e*

informada, *Una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los Derechos Humanos*, Ed. Birgit Gerstenberg, [s.l.].

OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Voces y palabras mayores de los pueblos étnicos de Colombia sobre el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado*, Documento de Trabajo, Abril 2013.

ORGANIZACIÓN NACIONAL INDIGENA DE COLOMBIA (ONIC), *El derecho fundamental a la consulta previa de los Pueblos Indígenas en Colombia*, Organización Nacional Indígena de Colombia, Bogotá D.C., 2011.

ORGANIZACIÓN NACIONAL INDIGENA DE COLOMBIA (ONIC), *Tejiendo derechos. La consulta previa y el consentimiento previo, libre e informado*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Organización Nacional Indígena de Colombia, Bogotá D.C., 2011.

REATEGUI SILVA, Juan, *Estado, territorios indígenas, recursos naturales y medio ambiente*, en Estado de Debate sobre los derechos de los pueblos indígenas. Construyendo sociedades interculturales en América latina y el Caribe, Fondo Indígena, 2011, p. 51-72.

RESTREPO, Héctor, *Cambio Social para el Desarrollo Sostenible Medio Ambiente y escenarios de conservación, Modulo 3*, Pontificia Universidad Javeriana Cali, WWF Colombia y Colectivo Interétnico, Santiago de Cali, 2007.

Documentos Naciones Unidas.

Informe del Sr. Maurice Glèlè-Ahanhanzo, Relator Especial encargado de examinar la cuestión de las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, *Aplicación del programa de acción para el tercer decenio de la lucha contra el racismo y la discriminación racial*, E/CN.4/1997/71/Add.1 , 13 de enero de 1997.

Documentos Foro Permanente para las cuestiones indígenas.

Estudio sobre los pueblos indígenas y las empresas para examinar los mecanismos y las políticas existentes en relación con las empresas y los pueblos indígenas y determinar las mejores prácticas, E/C.19/2011/12, 10 de marzo de 2010.

Informe consolidado sobre las industrias extractivas y sus efectos sobre los pueblos indígenas, E/C.19/2013/16, 20 de febrero de 2013.

La situación de los pueblos indígenas del mundo, Departamento de información pública de Naciones Unidas, Enero 2010.

Los pueblos indígenas: desarrollo con cultura e identidad – Artículos 3 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en Los Pueblos Indígenas en sus propias voces, (s.l.).

Documentos Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Informe provisorio del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones, A/HRC/EMRIP/2010/2, 17 de mayo de 2010.

Documentos Organización Internacional del Trabajo.

Aplicación del Convenio 169 de la OIT por Tribunales Nacionales e Internacionales en América Latina. Una recopilación de casos. Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT, Departamento de Normas internacionales del Trabajo, 2009.

Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica. Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT, Programa para promover el Convenio No. 169 de la OIT, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009.

Documentos Relatoría Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, *Derechos Humanos y Cuestiones Indígenas*, E/CN.472003/90, 21 de enero de 2003.

Informe final de la Relatora Especial, Sra. Erica-Irene A. Daes, *La soberanía permanente de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales*, E/CN.4/Sub.2/2004/30, 13 de julio de 2004.

Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavengahen, *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, culturales, incluido el derecho al desarrollo*, A/HRC/6/15, 15 de noviembre de 2007.

Informe del Relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*, A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009.

Informe provisional del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, *Situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, A/65/264, 9 de agosto de 2010.

Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, *Industrias extractivas, que realizan operaciones dentro de territorios indígenas o en proximidad de ellos*, A/HRC/18/35, 11 de julio de 2011.

Informe del Relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, *Derechos de los Pueblos Indígenas*, A/66/288, 10 de agosto de 2011.

Informe del relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, A/HRC/21/47, 6 de julio de 2012.

Informe del Relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, *Las industrias extractivas y los pueblos indígenas*, A/HRC/24/41, 1 de julio de 2013.

Documentos Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

CIDH, *Acceso a la información y derecho a la consulta de los pueblos indígenas*, en Informe anual de la Relatoría especial para la Libertad de Expresión, Vol. II, 2009.

CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007.

CIDH, *Caso Mary y Carrie Dann*, Caso No. 11.140, Informe No. 75/02, 27 de diciembre de 2002.

CIDH, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, OEA/Ser. L/V/II, Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009.

CIDH, Informe, No. 40/04 Caso 12.503, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice)*, 12 de octubre de 2004.

Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005.

Corte IDH, *Caso Yatanama vs. Nicaragua*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de junio de 2005.

Corte IDH, *Caso Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de marzo de 2006.

Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs Surinam*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 28 de noviembre de 2007.

Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs Surinam*, Interpretación de la Sentencia, de Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 12 de agosto de 2008.

Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs Nicaragua*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2009.

Corte IDH, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 27 de junio de 2012.

Jurisprudencia Corte Constitucional de Colombia.

Auto 009 de 2004.

Sentencia T-188 de 1993.

Sentencia T-380 de 1993.

Sentencia T-342 de 1994.

Sentencia T- 469 de 1996.

Sentencia SU- 039 de 1997.

Sentencia T- 652 de 1998.

Sentencia T- 129 de 2001.

Sentencia C- 169 de 2001.

Sentencia C- 671 de 2001.

Sentencia C-418 de 2002.

Sentencia C-891 de 2002.

Sentencia SU- 383 de 2003.

Sentencia C- 620 de 2003.

Sentencia T-778 de 2005.

Sentencia T- 382 de 2006.

Sentencia T- 880 de 2006.

Sentencia C-030 de 2008.

Sentencia C- 461 de 2008.

Sentencia C- 750 de 2008.

Sentencia T-154 de 2009.

Sentencia T- 903 de 2009.

Sentencia C- 491 de 2010.

Sentencia T- 547 de 2010.

Sentencia C-702 de 2010.

Sentencia T- 129 de 2011.

Sentencia C- 187 de 2011.

Sentencia C- 366 de 2011.

Sentencia C-490 de 2011.

Sentencia T-693 de 2011.

Normativa Internacional.

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Proyecto de Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas, de 26 de febrero de 1997.

CONFERENCIA MUNDIAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, Declaración de Kari Oca, 30 de mayo de 1992.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, Convención Americana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1989.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Convenio sobre la diversidad biológica, Conferencia sobre Medio Ambiente y desarrollo, 5 de junio de 1992.

CONFERENCIA DE NACIONES UNIDAS SOBRE DESARROLLO SOSTENIBLE, Cumbre Internacional de los Pueblos Indígenas sobre desarrollo sostenible, 20-23 de agosto de 2002.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 13 de septiembre de 2007.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Declaración sobre el derecho al desarrollo, 4 de diciembre de 1986.

ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, 26 de junio de 1989.

Normativa Nacional.

Decretos y Directivas.

Colombia, Constitución Política de Colombia de 1991.

Colombia, Decreto 1320 de 1998, de 13 de julio, Diario Oficial No 43.340, del 15 de julio de 1998.

Colombia, Directiva Presidencial 01 de 2010, de 26 de marzo de 2010.

Leyes.

Colombia, Ley 21 de 1991, de 4 de marzo, Diario Oficial No. 39.720., de 6 de marzo de 1991.

Boletines de Prensa.

Los Nukak Makuk, se enfrentan a la extinción, según un informe remitido a la ONU, en Survival, 31 de julio de 2009, disponible en <http://www.survival.es/noticias/4830>. [Consulta: 10 de agosto de 2013].

Colombia le puso candado a la Amazonía, en Revista Semana, Bogotá, 16 de agosto de 2013, disponible en <http://www.semana.com/nacion/articulo/colombia-puso-candado-amazonia/354335-3>. [Consulta 18 de agosto de 2013].

Colombia: FFAA fumigan escuela del pueblo Awá, en Actualidad Étnica, 01 de septiembre de 2013, disponible en http://actualidadetnica.com/index.php?option=com_content&view=article&id=8799:ffaa-fumigan-escuela-del-pueblo-awa&catid=35:indigenas&Itemid=74. [Consulta: 25 de septiembre de 2005].

Todo por el Oro en El Espectador, Bogotá, 3 de febrero de 2014, disponible en <http://www.elespectador.com/opinion/editorial/todo-el-oro-articulo-472709>. [Consulta: 6 de febrero de 2014].

La minería que quiere tumbar el parque amazónico, en la Silla Vacía, Bogotá, 1 de febrero de 2014, disponible en <http://lasillavacia.com/historia/la-minera-que-estaba-detras-de-la-tutela-al-parque-amazonico-46563>. [Consulta: 6 de febrero de 2014].